

## Die Wanderarbeitnehmerkonvention der Vereinten Nationen: ein Instrument zur Stärkung der Rechte von Migrantinnen und Migranten in Deutschland

Spieß, Katharina

Veröffentlichungsversion / Published Version

Forschungsbericht / research report

Zur Verfügung gestellt in Kooperation mit / provided in cooperation with:

Deutsches Institut für Menschenrechte

### Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Spieß, K. (2007). *Die Wanderarbeitnehmerkonvention der Vereinten Nationen: ein Instrument zur Stärkung der Rechte von Migrantinnen und Migranten in Deutschland*. (Studie / Deutsches Institut für Menschenrechte). Berlin: Deutsches Institut für Menschenrechte. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-316990>

### Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer Deposit-Lizenz (Keine Weiterverbreitung - keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Gewährt wird ein nicht exklusives, nicht übertragbares, persönliches und beschränktes Recht auf Nutzung dieses Dokuments. Dieses Dokument ist ausschließlich für den persönlichen, nicht-kommerziellen Gebrauch bestimmt. Auf sämtlichen Kopien dieses Dokuments müssen alle Urheberrechtshinweise und sonstigen Hinweise auf gesetzlichen Schutz beibehalten werden. Sie dürfen dieses Dokument nicht in irgendeiner Weise abändern, noch dürfen Sie dieses Dokument für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, aufführen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Mit der Verwendung dieses Dokuments erkennen Sie die Nutzungsbedingungen an.

### Terms of use:

This document is made available under Deposit Licence (No Redistribution - no modifications). We grant a non-exclusive, non-transferable, individual and limited right to using this document. This document is solely intended for your personal, non-commercial use. All of the copies of this documents must retain all copyright information and other information regarding legal protection. You are not allowed to alter this document in any way, to copy it for public or commercial purposes, to exhibit the document in public, to perform, distribute or otherwise use the document in public.

By using this particular document, you accept the above-stated conditions of use.



# Die Wanderarbeitnehmer- konvention der Vereinten Nationen

Ein Instrument zur Stärkung der Rechte  
von Migrantinnen und Migranten in Deutschland

Katharina Spieß



Deutsches Institut  
für Menschenrechte



---

# Impressum

---

Deutsches Institut für Menschenrechte  
German Institute for Human Rights  
Zimmerstr. 26/27  
D-10969 Berlin  
Phone (+49) (0)30 – 259 359 0  
Fax (+49) (0)30 – 259 359 59  
[info@institut-fuer-menschenrechte.de](mailto:info@institut-fuer-menschenrechte.de)  
[www.institut-fuer-menschenrechte.de](http://www.institut-fuer-menschenrechte.de)

Gestaltung:  
**iserundschmidt**  
Kreativagentur für PublicRelations GmbH  
Bad Honnef – Berlin

Titelfoto:  
© dpa – Report

Januar 2007

ISBN 978-3-937714-32-5 (elektronische Fassung)



---

Studie

# Die Wanderarbeitnehmer- konvention der Vereinten Nationen

Ein Instrument zur Stärkung der Rechte  
von Migrantinnen und Migranten in Deutschland

Katharina Spieß



Deutsches Institut  
für Menschenrechte



## Die Autorin

---

**Katharina Spieß**, Dr. iur., studierte Rechtswissenschaften in Bielefeld, Recife (Brasilien) und Köln. 2000 Promotion am Europäischen Hochschulinstitut in Florenz über ein völkerrechtliches Thema. Nach Referententätigkeit in der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen und im Auswärtigen Amt ist sie seit 2003 bei amnesty international Deutschland als Referentin für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte tätig.



# Vorwort

---

Das Internationale Übereinkommen zum Schutz der Rechte aller Wanderarbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen von 1990 – kurz UN-Wanderarbeitnehmerkonvention – hat bislang in Deutschland wie in anderen Zielländern von Migration zu wenig Aufmerksamkeit erfahren.

Während das Thema Migration auf den nationalen, europäischen und globalen politischen Agenden nach oben gerückt ist, ist ein menschenrechtlicher Zugang derzeit eher die Ausnahme als die Regel. Die UN-Wanderarbeitnehmerkonvention setzt hier an und konkretisiert und verstärkt bestehende menschenrechtliche Gewährleistungen aus den allgemeinen Menschenrechtsverträgen für die Gruppe der Migrantinnen und Migranten.

Das Deutsche Institut für Menschenrechte will mit der vorliegenden Studie die Konvention vorstellen und für

eine Ratifikation durch Deutschland werben. Zugleich untersucht die Studie Lücken bei der Gewährleistung bestehender menschenrechtlicher Ansprüche von Migrantinnen und Migranten in Deutschland, die auch unabhängig von einer Ratifikation geschlossen werden müssen.

Wir hoffen, dass die Studie zum besseren Verständnis der Wanderarbeitnehmerkonvention im Kontext des internationalen und europäischen Menschenrechtsschutzes für Migrantinnen und Migranten beiträgt.

Januar 2007

Deutsches Institut für Menschenrechte

Dr. Heiner Bielefeldt

Frauke Seidensticker

Vorstand



# Inhalt

<b>Zusammenfassung</b> .....	<b>10</b>	<b>III. Geschützte Rechte</b> .....	<b>31</b>
<b>1 Migration weltweit und in Deutschland</b> 16		1. Unteilbarkeit der Menschenrechte .....	31
<b>I. Migration international</b> .....	<b>16</b>	2. Rechte aller Migrantinnen und Migranten – Teil 3 der Konvention .....	32
1. Definition .....	16	a) Zivile und bürgerliche Rechte .....	32
2. Weltweite Migration im Überblick .....	16	b) Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte .....	32
<b>II. Reaktionen der Politik in Europa</b> .....	<b>17</b>	c) Informationsrechte .....	33
<b>III. Ökonomische und menschenrechtliche Bewertungen</b> .....	<b>19</b>	3. Rechte der regulär in einem Staat lebenden Migrantinnen und Migranten – Teil 4 der Konvention .....	33
1. Ökonomische Einschätzung .....	19	a) Rechte im Migrationsprozess .....	33
2. Menschenrechtliche Bewertung .....	20	b) Rechte der Familienangehörigen .....	33
<b>IV. Migration in Deutschland</b> .....	<b>20</b>	4. Anwendbarkeit in Deutschland .....	34
1. Überblick .....	20	5. Besondere Gruppen von Migrantinnen und Migranten .....	34
2. „Legale“ und „illegale“ Migrantinnen und Migranten in Deutschland .....	20	<b>IV. Pflichten der Vertragsstaaten</b> .....	<b>35</b>
a) Definition des „legalen“ Aufenthalts ...	21	1. Vorbehalte zur Konvention .....	35
b) Definition des „illegalen“ Aufenthalts ...	22	2. Innerstaatliche Pflichten .....	35
3. Lebenssituationen von Migrantinnen und Migranten .....	23	3. Internationale Pflichten .....	35
a) Legal in Deutschland lebende Migrantinnen und Migranten .....	23	<b>V. Der Ausschuss zum Schutz der Wanderarbeitnehmer</b> .....	<b>36</b>
b) Illegal in Deutschland lebende Migrantinnen und Migranten .....	24	<b>VI. Bewertung</b> .....	<b>37</b>
<b>2 Einführung in die UN-Wander- arbeitnehmerkonvention</b> .....	<b>27</b>	<b>3 Der völkerrechtliche Schutz von Migrantinnen und Migranten in Deutschland</b> .....	<b>38</b>
<b>I. Entstehungsgeschichte</b> .....	<b>27</b>	<b>I. Der Schutz von Migrantinnen und Migranten durch die UN</b> .....	<b>38</b>
<b>II. Anwendungsbereich der Wanderar- beitnehmerkonvention</b> .....	<b>28</b>	1. Auslegung der Ausschüsse .....	38
1. Personal der Geltungsbereich .....	28	2. Berichterstattung Deutschlands an die überwachenden Ausschüsse .....	40
2. Zeitlicher Geltungsbereich .....	30	<b>II. Der Schutz von Migranten und Migrantinnen durch die Internationale Arbeitsorganisation (ILO)</b> .....	<b>41</b>
3. Anwendbarkeit in Deutschland .....	30		
a) Personen mit Duldung .....	30		



III. Der Schutz von Wanderarbeitnehmerinnen und Wanderarbeitnehmern durch den Europarat .....	42	5. Bewertung .....	59
1. Der Schutz durch die EMRK .....	42	IV. Das Recht auf Bildung .....	61
2. Der Schutz durch die Europäische Sozialcharta .....	43	1. Zugang zu Schulen von Kindern illegal in Deutschland lebender Migrantinnen und Migranten .....	61
IV. Bewertung .....	44	2. Die menschenrechtliche Gewährleistung des Rechts auf Bildung .....	61
<b>4 Probleme des Menschenrechtsschutzes von Migrantinnen und Migranten in Deutschland .....</b>	<b>45</b>	3. Das Recht auf Bildung in Deutschland ....	63
I. Einführung .....	45	4. Bewertung .....	63
1. Menschenrechtliche Verpflichtung Deutschlands .....	45	V. Fazit .....	64
2. Bezugnahme auf die Wanderarbeitnehmerkonvention .....	46	<b>5 Gründe der Bundesregierung gegen eine Ratifizierung der Wanderarbeitnehmerkonvention .....</b>	<b>66</b>
II. Rechte in der Arbeit .....	46	I. Gleichstellung von irregulären mit regulären Migrantinnen und Migranten? .....	66
1. Situation der irregulären Migrantinnen und Migranten .....	46	1. Die Wanderarbeitnehmerkonvention als Mittel zur Bekämpfung irregulärer Migration ....	67
2. Menschenrechtliche Gewährleistung der Rechte in der Arbeit .....	48	2. Das Recht des Staates, Migration zu kontrollieren .....	67
a) Die Rechte in der Arbeit in der Wanderarbeitnehmerkonvention .....	48	3. Rechte der irregulären Migrantinnen und Migranten .....	68
b) Die Rechte in der Arbeit in anderen völkerrechtlichen Verträgen .....	48	4. Bewertung .....	69
c) Die Rechte in der Arbeit in der Europäischen Sozialcharta .....	49	II. Ist der geschützte Personenkreis zu weit? ..	69
d) Europarechtlicher Schutz der Rechte in der Arbeit .....	49	1. Projektgebundene Wanderarbeitnehmer ...	69
3. Die Rechte in der Arbeit im deutschen Recht .....	49	2. Selbständige Wanderarbeiter .....	70
4. Probleme in der Durchsetzung der Rechte in der Arbeit in Deutschland .....	51	III. Technische Details in der Wanderarbeitnehmerkonvention? .....	71
a) Irreguläre Migrantinnen und Migranten ..	51	IV. Regelungen, die mit deutschem Recht nicht übereinstimmen .....	72
b) Saisonarbeitnehmerinnen und Saisonarbeitnehmer .....	53	V. EU-Recht und die Wanderarbeitnehmerkonvention .....	73
5. Bewertung .....	54	VI. Fazit .....	75
III. Das Recht auf Gesundheit .....	55	<b>6 Zusammenfassung und Empfehlungen . 76</b>	
1. Situation der illegalen Migrantinnen und Migranten .....	55	I. Zusammenfassung .....	76
2. Die menschenrechtliche Gewährleistung des Rechts auf Gesundheit .....	55	II. Empfehlungen .....	77
3. Deutsche Rechtslage .....	56	1. Ratifikation der Wanderarbeiterkonvention und Einsatz für eine Ratifikation der Konvention in der Europäischen Union ....	77
4. Probleme der Durchsetzung des Rechts auf Gesundheit in Deutschland .....	58	2. Einbeziehung der Menschenrechte von Migrantinnen und Migranten in die laufenden Staatenberichtsverfahren .....	77
a) Illegale Migrantinnen und Migranten ...	58		
b) Informationsdefizite bei der Gesundheitsversorgung von Migrantinnen und Migranten .....	59		



3. Internationale Thematisierung .....	77
4. Erfüllung der Informationspflichten gegen- über Migrantinnen und Migranten .....	78
a) Vor der Einreise nach Deutschland ....	78
b) In Deutschland .....	78
c) Nach der Ausreise .....	78
5. Schulung der Ordnungsbehörden und Vernetzung .....	78
6. Stärkung der Rechte von Opfern von Menschenhandel und Arbeitsausbeutung .	78
7. Trennung zwischen sozialrechtlichen und ordnungsrechtlichen Aufgaben .....	79
8. Klarstellung des Rechtes auf Schulbesuch .	79
9. Verbesserung des Forschungsstandes über die Situation irregulärer Migrantinnen und Migranten .....	79
10. Einrichtung einer nichtstaatlichen zentralen Beratungs- und Dokumentationsstelle ...	79

<b>Abkürzungsverzeichnis .....</b>	<b>80</b>
------------------------------------	-----------

<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>82</b>
-----------------------------------	-----------

# Zusammenfassung: Migration als Herausforderung für den Menschenrechtsschutz

Migration hat als weltweites Phänomen in Zeiten der Globalisierung weiter an Bedeutung zugenommen. Heute leben ungefähr 200 Millionen Menschen außerhalb des Landes, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen. Allein in Deutschland leben zirka 6,7 Millionen Menschen, die nicht die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen. Nach Schätzungen der Vereinten Nationen (UN) gehört Deutschland damit zu den Hauptaufnahmestaaten.<sup>1</sup> Die Bedeutung von Migration zeigt sich auch an dem Ringen um Migrationspolitik auf internationaler, europäischer und nationaler Ebene. Dabei ist allerdings ein menschenrechtlicher Zugang zum Thema eher die Ausnahme als die Regel.

Migrantinnen und Migranten sind aber während des gesamten Migrationsprozesses, beginnend im Herkunftsland, weiter im Transitstaat und endend im Zielstaat, häufig mit Situationen konfrontiert, in denen ihre Menschenrechte verletzt werden. So nutzen Menschenhändler häufig den Ausreisewillen ihrer Opfer aus, um sie auszubeuten. Auch im Zielstaat werden Migrantinnen und Migranten teilweise ausgebeutet, weil sie die Sprache und Rechtsordnung des Zielstaates nicht kennen oder aber, weil die Rechtsordnung des Zielstaates Migrantinnen und Migranten in ihren Rechten diskriminiert. Migrantinnen und Migranten sind damit eine besonders verletzte Gruppe. Sie bedürfen des besonderen Schutzes der internationalen Staatengemeinschaft. Zugleich stellen transnationale Migrationsprozesse auch eine Herausforderung für das herkömmlich an den Nationalstaaten als Garanten der Menschenrechte orientierte Menschenrechtssystem dar.

Die UN hat dieser Tatsache Rechnung getragen: Im Jahr 1990 verabschiedete die UN-Generalversammlung

die Wanderarbeitnehmerkonvention. Die Konvention soll Wanderarbeitnehmerinnen und Wanderarbeitnehmer und ihre Familien schützen. Das sind all diejenigen Migrantinnen und Migranten, die in einem Land wohnen, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen und in dem sie arbeiten wollen, bereits arbeiten oder gearbeitet haben. Der Schutz erstreckt sich also auf den gesamten Migrationsprozess, das heißt sowohl auf die Zeit vor der Ausreise, während des Aufenthalts im Beschäftigungsstaat und nach der Rückkehr in den Herkunftsstaat. Adressaten der Konvention sind dementsprechend die Staaten in ihrer Funktion als Herkunfts-, Transit- und Zielstaaten.

Im Gegensatz zu anderen UN-Menschenrechtsverträgen – dem Zivilpakt, dem Sozialpakt, dem Antifolterpakt, dem Antirassismuspakt, dem Frauenrechtsübereinkommen und dem Kinderrechtsübereinkommen – wurde die Wanderarbeiterkonvention nur sehr zögerlich ratifiziert. Erst im Jahr 2003, nach einer von Nichtregierungsorganisationen (NGO) und der UN unterstützten Ratifizierungskampagne, erreichte die Konvention die nötige Zahl an Ratifikationen, damit sie in Kraft treten konnte. Bis heute hat sie lediglich 34 Vertragsstaaten. Dabei handelt es sich überwiegend um Herkunftsstaaten von Migrantinnen und Migranten. Typische Zielstaaten haben die Konvention bislang nicht ratifiziert. Auch Deutschland und die übrigen Staaten der Europäischen Union haben die Konvention nicht gezeichnet. Die Bundesregierung, die der Konvention bereits im Erarbeitungsstadium kritisch gegenüberstand, hat mehrfach erklärt, eine Zeichnung der Konvention nicht anzustreben. Ziel der vorliegenden Studie ist es, den Mehrwert der Wanderarbeitnehmerkonvention zu untersuchen und die Konsequenzen einer deutschen Ratifikation zu überprüfen.

<sup>1</sup> Siehe Global Commission on International Migration (GCIM) (2005), S. 83.

## Die Regelungen der Wanderarbeitnehmerkonvention

### Unterschiede im Schutzzumfang für reguläre und irreguläre Migrantinnen und Migranten

Die Konvention schreibt erstmals explizit die Gewährleistung gewisser fundamentaler Rechte für alle Migrantinnen und Migranten fest, also auch für Menschen, die sich illegal in einem Land aufhalten oder arbeiten.<sup>2</sup> Die Konvention unterscheidet bei der Bestimmung des Schutzzumfanges der einzelnen Rechte zwischen verschiedenen Gruppen von Migrantinnen und Migranten, insbesondere zwischen regulären und irregulären Migrantinnen und Migranten. Reguläre Migrantinnen und Migranten besitzen einen Aufenthaltstitel und eine Arbeitserlaubnis, während irreguläre Migrantinnen und Migranten keinen Aufenthaltstitel und keine Arbeitserlaubnis besitzen oder aber, falls sie einen Aufenthaltstitel besitzen, keine Arbeitserlaubnis haben.

Soweit es um die Rechte aller Migrantinnen und Migranten und damit auch um die Rechte irregulärer Migrantinnen und Migranten geht, ist die Wanderarbeitnehmerkonvention zurückhaltend und definiert lediglich ein menschenrechtliches Minimum. Dies gilt insbesondere für die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte. So enthält die Wanderarbeiterkonvention anders als der UN-Sozialpakt kein Recht auf Arbeit. Auch das Recht auf Gesundheit ist eng definiert. Es wird auf Maßnahmen beschränkt, die dringend erforderlich sind zum Erhalt des Lebens oder zu der Vermeidung einer nicht wiedergutmachenden Schädigung ihrer Gesundheit. Dem gegenüber verlangt der Sozialpakt von den Vertragsstaaten, für alle in seinem Hoheitsgebiet lebenden Menschen eine umfassende präventive, kurative und palliative Versorgung sicherzustellen.

Für regulär im Land lebende Migrantinnen und Migranten definiert die Konvention weitergehende Teilhaberechte an staatlichen Leistungen. Dabei unterscheidet sie zwischen verschiedenen Arten des regulären Aufenthaltes: Umfassend gleichbehandelt werden sollen

nur diejenigen Migrantinnen und Migranten, die auf Dauer in einem Land leben. Bei allen anderen knüpft sie an Zweck und Dauer des Aufenthaltes an, um den Umfang der Teilhaberechte zu bestimmen.

### Betonung staatlicher Informationspflichten

Hervorzuheben ist, dass die Wanderarbeitnehmerkonvention umfassende Informationspflichten der Vertragsstaaten gegenüber allen Migrantinnen und Migranten über ihre Rechte und die Voraussetzungen der Einreise und des Aufenthaltes normiert. Die damit korrespondierenden Informationsrechte der Migrantinnen und Migranten erkennen die besondere Situation von Migrantinnen und Migranten an, die häufig in Staaten leben, deren Kultur, Sprache und Rechtsordnung für sie fremd ist. Mit der Etablierung von Informationspflichten erkennt die Konvention die Erfahrungen der älteren Menschenrechtsverträge an. Diese haben stillschweigend vorausgesetzt, dass die Vertragsstaaten die Verträge bekannt machen und enthalten dementsprechend keine Informationspflichten der Vertragsstaaten im Vertragstext.<sup>3</sup> Die überwachenden Ausschüsse haben aber immer wieder festgestellt, dass die Rechte der entsprechenden Verträge nicht ausreichend bekannt sind.<sup>4</sup>

### Keine Verpflichtung zu aufenthaltsrechtlicher Legalisierung

Die Wanderarbeiterkonvention verlangt keine Legalisierung des Aufenthaltes von irregulären Migrantinnen und Migranten. Vielmehr beschränkt sie sich darauf, für diese Personengruppe das menschenrechtliche Minimum während ihres Aufenthaltes zu definieren. Dem Vertragsstaat bleibt es also unbenommen, irreguläre Migrantinnen und Migranten auszuweisen. Zudem enthält die Wanderarbeiterkonvention keine Vorgaben dazu, welche Personen einreisen dürfen, um eine Arbeit aufzunehmen. Die Entscheidungskompetenz der Vertragsstaaten darüber, welche Personen in ihr Hoheitsgebiet einreisen dürfen, wird durch die Konvention nicht wei-

<sup>2</sup> Nicht umfasst vom Schutz der Wanderarbeitnehmerkonvention sind Flüchtlinge.

<sup>3</sup> Das gilt insbesondere für den Zivil- und Sozialpakt und für das Übereinkommen gegen die Diskriminierung der Frau. Die Antifolterkonvention aus dem Jahr 1984 erkennt die Informationspflicht an und verlangt insbesondere, dass die Antifolterkommission bei der Polizei und bei Strafvollzugsbeamten bekannt gemacht wird (Art. 10). Auch die Kinderrechtskonvention aus dem Jahr 1989 verlangt von den Vertragsstaaten, dass die Rechte bekannt gemacht werden (Art. 42).

<sup>4</sup> Zum Beispiel Abschließende Bemerkung des Ausschusses zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau zum 5. deutschen Staatenbericht vom 30.01.2004, Abs. 43.

ter eingeschränkt. Die Wanderarbeitnehmerkonvention beschränkt sich auf Regelungen, die innerhalb des Migrationsprozesses und während des Aufenthalts im Vertragsstaat die Situation der Migrantinnen und Migranten gestalten.

### Bestehende menschenrechtliche Verpflichtungen Deutschlands

Deutschland hat bereits heute zahlreiche internationale Menschenrechtsverträge ratifiziert, die Migrantinnen und Migranten in ihren Rechten schützen. So gelten die in den UN-Kernmensenrechtsverträgen verankerten Menschenrechte grundsätzlich für alle Menschen, die im Vertragsstaat leben. Ausgenommen sind davon lediglich die so genannten Bürgerrechte, das heißt diejenigen Rechte, die explizit nur den Staatsangehörigen zukommen.

Auch die Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO), die die Kernarbeitsnormen enthalten, gelten für Migrantinnen und Migranten unabhängig von ihrem Aufenthaltsstatus ebenso wie für die eigenen Staatsangehörigen. Gleiches gilt für die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) und die Europäische Sozialcharta, wobei letztere allerdings nach dem Prinzip der Gegenseitigkeit nur Migrantinnen und Migranten schützt, die aus Staaten kommen, die ihrerseits die europäische Sozialcharta ratifiziert haben.

Auch wenn also Migrantinnen und Migranten bereits durch andere von Deutschland ratifizierte Übereinkommen geschützt sind, so fällt eines auf: Die Gewährleistung der Menschenrechte von Migrantinnen und Migranten wird in den Berichten, die die Bundesregierung regelmäßig den die UN-Menschenrechtsübereinkommen überwachenden Ausschüsse vorlegt, nur punktuell dargestellt. Der besonderen Situation von Migrantinnen und Migranten wird in den Berichten nicht Rechnung getragen. Dies ist deswegen bedenklich, weil eine Analyse der Lebenssituation dieser Gruppe in Deutschland zeigt, dass der Schutz ihrer Rechte in Deutschland praktische Lücken hat. Dies gilt insbesondere für die Menschenrechte von illegal in Deutschland lebenden Menschen. Am Beispiel der Rechte in der Arbeit, die insbesondere die Arbeitsbedingungen umfassen, des Rechts auf Gesundheit und des Rechts auf Bildung stellt die Studie diese Lücken dar.

## Probleme im Menschenrechtsschutz von Migrantinnen und Migranten in Deutschland

### Rechte in der Arbeit

Bei der Durchsetzung der Rechte in der Arbeit kommt es trotz des hohen arbeitsrechtlichen Standards für Migrantinnen und Migranten in der Praxis zu erheblichen Problemen. Illegal in Deutschland lebende Migrantinnen und Migranten sind häufig mit ausbeuterischen Arbeitsbedingungen konfrontiert und können sich dagegen faktisch kaum mit staatlicher Hilfe wehren. Dies ist insbesondere in Arbeitsverhältnissen auf dem Bau, in der Sexindustrie und in Privathaushalten, in denen vorwiegend Frauen als Haushaltshilfen, Tagesmütter oder Altenpflegerinnen arbeiten, der Fall. In diesen Arbeitsverhältnissen werden illegale Migrantinnen und Migranten zum Teil um ihren Lohn geprellt oder erhalten nur einen Bruchteil des Lohnes, der ihnen zusteht, oder aber müssen zu unakzeptablen Arbeitsbedingungen arbeiten.

Nach deutschem Recht haben illegale Migrantinnen und Migranten einen Anspruch auf angemessene Bezahlung ihrer Arbeit und menschenwürdige Gestaltung der Arbeitsbedingungen. Dennoch setzen illegale Migrantinnen und Migranten nur in Ausnahmefällen ihre Ansprüche gegen ihre Arbeitgeber mit staatlicher Hilfe, insbesondere vor den Arbeitsgerichten, durch, weil sie ihre Rechte nicht kennen oder befürchten müssen, dass den Ausländerbehörden ihr Aufenthalt in Deutschland bekannt wird und sie in der Folge ausgewiesen werden. Häufig nutzen Arbeitgeber die mangelnde Information und die Angst vor Ausweisung aus, um die Arbeitskraft der Migrantinnen und Migranten weiter auszubeuten. Auch die mit der Bekämpfung der Schwarzarbeit befassten staatlichen Stellen, die deswegen die Arbeitsplätze von illegalen Migrantinnen und Migranten kontrollieren, sehen es nicht als ihre Aufgabe an, die angetroffenen Migrantinnen und Migranten über ihre Rechte zu informieren. Vielmehr setzen sie ihren Schwerpunkt auf die straf- und ordnungsrechtliche Verfolgung von Schwarzarbeit.

Durch menschenrechtliche Verträge ist Deutschland verpflichtet, die Rechte in der Arbeit aller hier lebenden Menschen zu schützen. Dabei reicht es nicht aus, entsprechende Rechtsvorschriften zu schaffen. Zur Verwirklichung der Rechte müssen auch Maßnahmen getroffen werden, damit alle in Deutschland lebenden Menschen, auch illegale Migrantinnen und Migranten, ihre Rechte kennen und tatsächlich durchsetzen können.

## Recht auf Gesundheit

Wollen illegale Migrantinnen und Migranten in Deutschland ihr Recht auf Gesundheit wahrnehmen, sehen sie sich hohen faktischen Zugangsschranken gegenüber. Diese Personen sind insbesondere dann gefährdet, wenn sie krank, verletzt oder schwanger sind und nicht in der Lage, ärztliche Hilfe zu bezahlen. Der Zugang zum staatlichen Gesundheitssystem besteht für sie in der Regel nur, wenn sie ihre Identität preisgeben. Staatliche Einrichtungen der Gesundheitsfürsorge sind in diesen Fällen verpflichtet, den illegalen Aufenthalt an die Ausländerbehörden zu melden, die daraufhin aufenthaltsbeendende Maßnahmen einleitet. Weil illegale Migrantinnen und Migranten das Bekanntwerden ihres Aufenthaltes fürchten, vermeiden sie den Kontakt mit staatlichen Stellen. Heute wird die Gesundheitsversorgung von diesen Personen überwiegend durch das Engagement nichtstaatlicher und kirchlicher Einrichtungen aufrechterhalten. Diese Einrichtungen sind aber nicht in der Lage, eine flächendeckende und umfassende Gesundheitsversorgung zu leisten. Dies liegt sowohl an mangelnden finanziellen Ressourcen als auch daran, dass nichtstaatliche Einrichtungen meistens nur in Großstädten vorhanden sind. Deutschland ist daher verpflichtet, die Hürden beim Zugang zur staatlichen Gesundheitsversorgung für illegale Migrantinnen und Migranten abzubauen.

## Recht auf Bildung

Schließlich ist das Recht auf Bildung in Deutschland von illegal in Deutschland lebenden Kindern nicht ausreichend geschützt. Das hat insbesondere zwei Ursachen. In einigen Bundesländern ist das Recht auf Schulbesuch beschränkt auf Personen, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesland haben. Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts umfasst nicht eindeutig Kinder ohne Aufenthaltsstatus. Es besteht also eine Rechtsunsicherheit. Darüber hinaus ist ungeklärt, ob Lehrerinnen und Lehrer oder die Schulleitung an die Ausländerbehörden melden müssen, wenn sie ein statusloses Kind unterrichten. Auch hier müssen illegale Migrantinnen und Migranten befürchten, dass durch den Schulbesuch ihres Kindes der Ausländerbehörde ihr Aufenthalt bekannt wird und sie deswegen abgeschoben werden. Zum Teil gelingt es illegalen Migrantinnen und Migranten noch, ihre Kinder in die Grundschule zu schicken, indem sie falsche Angaben machen oder vom Lehrpersonal der Schule unterstützt werden. Der

Besuch einer weiterführenden Schule scheint dagegen unmöglich zu sein.

Nach internationalem Recht ist Deutschland aber verpflichtet, sicherzustellen, dass alle in Deutschland lebenden Kinder die Schule besuchen können. Deswegen ist in allen Bundesländern die gesetzliche Klarstellung erforderlich, dass alle Kinder ein Recht auf Schulbesuch haben und dass keine Meldepflicht der Schulen an die Ausländerbehörde besteht.

Diese drei Beispiele zeigen, dass Lücken bestehen im Schutz der Menschenrechte von Migrantinnen und Migranten. Deutschland ist verpflichtet, die Menschenrechte aller in Deutschland lebenden Menschen effektiv zu gewährleisten. Insbesondere durch die enge Verzahnung zwischen Sozialrecht und Ordnungsrecht wird dies verhindert, denn illegale Migrantinnen und Migranten können die ihnen zustehenden Rechte nicht durchsetzen und wahrnehmen, weil sie bei jedem Kontakt mit staatlichen Stellen befürchten müssen, dass sie ausgewiesen und abgeschoben werden.

---

## Vorbehalte gegen eine Ratifikation

Die Ratifikation der Wanderarbeiterkonvention durch Deutschland kann dazu beitragen, das Augenmerk für die Situation von in Deutschland lebenden Migrantinnen und Migranten zu schärfen und bestehende Defizite im Schutz der Menschenrechte zu erkennen und zu beseitigen. Die Bundesregierung steht einer Ratifikation ablehnend gegenüber, weil sie insbesondere befürchtet, durch die Konvention zu stark in ihrer Migrations- und Arbeitsmarktpolitik eingeschränkt zu werden. Zudem befürchtet sie, illegale Migration bei einer Ratifizierung der Wanderarbeitnehmerkonvention nicht mehr adäquat unterbinden zu können.

Allerdings trifft die Wanderarbeitnehmerkonvention gerade keine Regelungen über die Voraussetzungen für die Einreise, den Aufenthalt oder die Aufnahme einer Beschäftigung, sondern überlässt die Entscheidungshoheit darüber den Vertragsstaaten. Dies wird in Art. 79 der Konvention ausdrücklich klargestellt. Die Konvention unterstreicht zudem an verschiedenen Stellen, dass die Vertragsstaaten aufgefordert bleiben, heimliche und illegale Migration und die Beschäftigung von illegalen Migrantinnen und Migranten zu unterbinden.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> Zum Beispiel Art. 35, 68 der Konvention.

Dagegen befasst sich die Wanderarbeitnehmerkonvention mit der Frage, welche Rechte Migrantinnen und Migranten haben, die tatsächlich in einem Staat leben. Bei der Definition dieser Rechte zeigt sich, dass sie den Schutzzumfang einzelner Menschenrechte enger zieht als andere Menschenrechtsübereinkommen, insbesondere als der UN-Sozialpakt.

Die Konvention räumt auch kein Recht auf Familiennachzug ein (obwohl dies bereits in einigen völkerrechtlichen Verträgen anerkannt wird<sup>6</sup> und zum Teil aus dem Recht auf Schutz der Familie abgeleitet wird<sup>7</sup>). Die Wanderarbeiterkonvention fordert die Vertragsstaaten lediglich auf, die Familienzusammenführung zu erleichtern. Insgesamt zeigt sich, dass die Wanderarbeitnehmerkonvention keine Rechte fest schreibt, die nicht schon zuvor völkerrechtlich anerkannt waren, sei es im Rahmen der UN oder der ILO. Auch Deutschland hat diese Rechte bereits im Rahmen der UN und der ILO anerkannt.

## Eigenständige Bedeutung der Wanderarbeitnehmerkonvention

### Konkretisierung normativer Verpflichtungen

Ähnlich wie bei internationalen Konventionen, die nur für bestimmte Gruppen von Personen gelten, wie zum Beispiel dem UN-Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau (CEDAW), stellt die Wanderarbeiterkonvention klar, welche Verpflichtungen die Vertragsstaaten gegenüber Migrantinnen und Migranten in Bezug auf den internationalen Menschenrechtsschutz haben. Genau diese klarstellende Funktion war von den Verfasserinnen und Verfassern der Konvention intendiert. Dies bedeutet auch, dass allgemeine menschenrechtliche Prinzipien konkretisiert werden. Das gilt insbesondere für das allgemeine Diskriminierungsverbot, welches für die Rechte in der Arbeit und für die Teilhabe an sozialen Rechten genauer definiert wird.

### Etablierung eines Überprüfungsverfahrens

Die Konvention etabliert zudem ein Staatenberichtungsverfahren an ein spezialisiertes Vertragsorgan. Die Ver-

tragsstaaten müssen diesem Organ über die Verwirklichung der Rechte von Migrantinnen und Migranten berichten. Die eklatanten Leerstellen hinsichtlich der Situation von Migrantinnen und Migranten in den bisherigen deutschen Staatenberichtsverfahren unterstreichen die Notwendigkeit eines solchen Berichtsverfahrens. Dass dies eine wesentliche Rolle für die Verwirklichung von Menschenrechten spielen kann, zeigt die erfolgreiche Arbeit spezialisierter Organe wie CEDAW oder des Kinderrechteausschusses bei der Ausbildung eines Verständnisses der Menschenrechte von Frauen und Kindern.

### Differenzierung der Gruppe der Migrantinnen und Migranten

Darüber hinaus ist die Wanderarbeitnehmerkonvention wichtig, um die Gruppe der Migrantinnen und Migranten genauer zu bestimmen. Diese ist in sich sehr heterogen. Die Konvention trägt dem Rechnung und differenziert angemessen zwischen den verschiedenen Gruppen von Migrantinnen und Migranten. Dies gilt nicht nur für die zwei großen Gruppen der regulären und irregulären Migrantinnen und Migranten, sondern auch für die Selbständigen, Grenzgängerinnen und -gänger und die projektgebundenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.

### Betonung von Informationspflichten

Schließlich kommt der Wanderarbeitnehmerkonvention eigenständige Bedeutung zu, weil sie eine Reihe von Informationspflichten für die Staaten etabliert. Damit berücksichtigt sie, dass gerade Migrantinnen und Migranten, die mit einer fremden Sprache und fremden Kultur konfrontiert sind, häufig ihre Rechte nicht oder nur ungenügend kennen.<sup>8</sup> Gleichzeitig trägt sie dem Umstand Rechnung, dass Migration immer mehr als nur einen Staat betrifft. Deswegen haben die Vertragsstaaten, unabhängig davon, ob sie Herkunfts-, Transit- oder Empfängerstaat sind, die Verpflichtung, Migrantinnen und Migranten zu allen Zeitpunkten der Migration über ihre Rechte zu informieren.<sup>9</sup> Zudem sind die Staaten aufgefordert, miteinander zu kooperieren.

<sup>6</sup> Insbesondere die Europäische Wanderarbeitnehmerkonvention von 1977, Art. 12 Abs. 1.

<sup>7</sup> Zum Beispiel der EGMR, der zwar kein allgemeines Recht auf Familiennachzug einräumt, aber beim Zusammentreffen besonderer Umstände im Einzelfall bereits ein Recht auf Familiennachzug, abgeleitet aus dem Schutz der Familie gemäß Art. 8 EMRK, angenommen hat. Siehe Urteil *Sen/Niederlande* vom 21.12.2001.

<sup>8</sup> Art. 37, Art. 65 Abs. 1 d).

<sup>9</sup> Art. 33 der Konvention.



## Zentrale Empfehlungen

### Ratifikation der Wanderarbeiterkonvention und Einsatz für eine Ratifikation der Konvention in der Europäischen Union

Die Bundesrepublik Deutschland sollte die Wanderarbeiterkonvention ratifizieren.

Dadurch kann der Blick für die besondere Situation von Migrantinnen und Migranten in Deutschland geschärft und so zur Verbesserung der teils prekären menschenrechtlichen Situation der in Deutschland lebenden Migrantinnen und Migranten beigetragen werden. Zudem würde die Ratifizierung Deutschlands, eines so genannten Empfängerstaates, eine Stärkung des UN-Menschenrechtssystems darstellen. Deutschland sollte auch innerhalb der Europäischen Union für die Ratifikation der Konvention eintreten. Dadurch könnten die menschenrechtliche Komponente der EU-Migrationspolitik gestärkt werden und unberechtigte Vorbehalte gegenüber der Konvention abgebaut werden.

### Einbeziehung der Menschenrechte von Migrantinnen und Migranten in die laufenden Staatenberichtsverfahren

Unabhängig von einer Ratifikation sollte die Verwirklichung der Menschenrechte von Migrantinnen und Migranten in alle menschenrechtlichen Staatenberichtsverfahren systematisch einbezogen werden. Bislang weist die Berichterstattung hinsichtlich der Situation von Menschen, die sich illegal in Deutschland aufhalten, blinde Flecke auf. Nichtregierungsorganisationen (NGO) wird ebenfalls empfohlen, in ihre Alternativberichte Informationen zur Situation der verschiedenen Gruppen von Migrantinnen und Migranten aufzunehmen.

### Informationspflichten aller staatlichen Stellen gegenüber Migrantinnen und Migranten

Unabhängig von einer Ratifikation sollten alle staatlichen Stellen Migrantinnen und Migranten, unabhängig von ihrem rechtlichen Aufenthaltsstatus, umfassend über ihre Rechte informieren. Dies gilt sowohl für Migrantinnen und Migranten, die nach Deutschland einreisen wollen, als auch für Migrantinnen und Migranten, die in Deutschland leben oder die Deutschland wieder

verlassen haben. Insbesondere die Polizei- und Ordnungsbehörden sollten Migrantinnen und Migranten, die sie anlässlich von Kontrollen bei der Bekämpfung von Schwarzarbeit angetroffen haben, über ihre Rechte, die sie gegenüber ihren Arbeitgebern haben, informieren.

### Trennung sozialrechtlicher Aufgaben von ordnungsrechtlichen Aufgaben

Unabhängig von einer Ratifikation sollten öffentliche Stellen bei der Wahrnehmung sozialrechtlicher Aufgaben, die der Gewährleistung von Menschenrechten, insbesondere des Rechts auf Gesundheit und des Rechts auf Bildung, dienen, davon befreit werden, ordnungsrechtliche Aufgaben wahrzunehmen. Insbesondere sollten alle öffentlichen Stellen, die das Recht auf Gesundheit und das Recht auf Bildung gewährleisten, von der Datenübermittlungspflicht an Ausländerbehörden befreit werden.

### Klarstellung der Schulpflicht auch für illegal in Deutschland lebende Kinder

Unabhängig von einer Ratifikation sollten die Bundesländer gewährleisten, dass allen Kinder unabhängig von ihrem Aufenthaltsstatus, der Zugang zu Grundschulen und weiterführenden Schulen gewährleistet wird. In einigen Bundesländern ist es dafür erforderlich, gesetzlich klarzustellen, dass auch illegal in Deutschland lebende Kinder schulpflichtig sind, also ein Recht auf Schulbesuch besteht. In allen Bundesländern muss sichergestellt werden, dass die Schulen nicht verpflichtet sind, die Daten ausreisepflichtiger Kinder an die Ausländerbehörden weiterzugeben.

### Einrichtung einer nichtstaatlichen zentralen Beratungs- und Dokumentationsstelle

Den Nichtregierungsorganisationen, die Migrantinnen und Migranten beraten, wird empfohlen, eine zentrale Beratungs- und Dokumentationsstelle einzurichten, die entweder bei den Wohlfahrtsverbänden oder den Sozialpartnern angesiedelt sein sollte. Diese Stelle sollte Nichtregierungsorganisationen bei der Beratung von Migrantinnen und Migranten unterstützen. Außerdem sollte sie Fälle von Verletzungen der Menschenrechte von Migrantinnen und Migranten dokumentieren. Diese Stelle sollte auch dazu dienen, den Belangen von Migrantinnen und Migranten in der Politik Gehör zu verschaffen.



# 1 Migration weltweit und in Deutschland

## I. Migration international

### 1. Definition

Wer ist ein Migrant oder eine Migrantin? Dieser Begriff wird uneinheitlich definiert. Zum Teil werden damit alle Personen erfasst, die in ein anderes Land gewandert sind, unabhängig davon, ob es Flüchtlinge sind oder nicht. Zum Teil werden aber nur diejenigen Personen als Migrantinnen und Migranten erfasst, die nicht aus ihrem Herkunftsland geflohen sind.

In dieser Studie wird der Begriff wie folgt benutzt: Eine Migrantin oder ein Migrant ist eine Person, die nicht die Staatsbürgerschaft des Landes besitzt, in dem sie sich vorübergehend oder auch auf Dauer aufhält, und die weder Flüchtling im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) noch Asylsuchende oder Asylberechtigte ist. Dabei kommt es ausschließlich auf den tatsächlichen Aufenthalt an, nicht aber darauf, ob die Person mit Erlaubnis oder Kenntnis des Aufenthaltsstaates in dem Land lebt. Weder Asylberechtigte noch Asylsuchende sind demnach Migrantinnen und Migranten. Diese Definition umfasst dagegen Personen, die keine eigene Migrationserfahrung haben, die aber in einem Land leben, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen. Nicht dazu gehören aber in Deutschland Aussiedlerinnen und Aussiedler, die nach ihrer Einreise Anspruch auf die deutsche Staatsbürgerschaft haben.

Im Folgenden wird wegen des Bezugs auf die Wanderarbeitnehmerkonvention auch der Begriff „Wanderarbeitnehmer“ beziehungsweise „Wanderarbeitnehmerin“ verwendet. Dabei handelt es sich, der Definition dieser Konvention folgend, um diejenigen Personen, die nicht

Staatsangehörige des Staates sind, in dem sie zumindest vorübergehend leben, und die arbeiten werden, arbeiten oder gearbeitet haben. Der Begriff des Wanderarbeitnehmers oder der Wanderarbeitnehmerin ist also enger als der des Migrantinnen oder der Migrantin, denn er umfasst nicht diejenigen, die in einem anderen Land leben, aber nicht arbeiten, wie zum Beispiel Kinder, Rentner und Rentnerinnen und mitreisende Familienangehörige.

### 2. Weltweite Migration im Überblick

Weltweit leben zirka 200 Millionen Menschen außerhalb ihrer Herkunftsländer. Das entspricht ungefähr der Bevölkerung Brasiliens.<sup>10</sup> Deutschland gehört dabei zu einem der größten Aufnahmeländern von Migrantinnen und Migranten.<sup>11</sup>

Seit 1980 hat sich die Zahl der Migrantinnen und Migranten verdoppelt. Es überrascht, dass zwar immer noch 60 Prozent der Migration von Entwicklungsländern in Industrieländer erfolgt, aber bereits 40 Prozent der globalen Migrationsströme zwischen Staaten des Südens stattfindet.

Die Gründe für Migration sind vielfältig. Dabei ist zwischen so genannten Pull- und Pushfaktoren zu unterscheiden. Während Pullfaktoren im Zielstaat begründet sind, wie zum Beispiel das Vorhandensein von Arbeitsplätzen, sind Pushfaktoren im Herkunftsstaat verortet, zum Beispiel eine hohe Arbeitslosigkeit.

Die Globale Kommission für Internationale Migration (GCIM)<sup>12</sup> unterscheidet insbesondere drei Ursachen für

<sup>10</sup> Siehe Global Commission on International Migration (GCIM) (2005), S. 5f.

<sup>11</sup> UNESCO, United Nations Convention on Migrants' Rights (2006), 6 (Stand 2000), GCIM (2005), 83, das Deutschland nach den USA und der Russischen Föderation als das Land, in dem die meisten Migrantinnen und Migranten weltweit leben, nennen.

<sup>12</sup> Diese Kommission wurde von 32 Staaten im Jahr 2003 eingesetzt, um die weltweite Migration zu analysieren und Lösungsansätze zu entwickeln, um damit den UN-Generalsekretär zu unterstützen. Sie bestand aus 19 unabhängigen Mitgliedern. Für Deutschland war Prof. Dr. Rita Süßmuth entsandt. Die Kommission legte im Oktober 2005 ihren Bericht vor.

die globale Migration: Unterschiede in der Entwicklung, in der Demografie und in der Demokratie.<sup>13</sup> Personen aus Entwicklungsländern wandern in die entwickelten Länder in der Hoffnung, dort bessere Arbeits- und Lebensbedingungen zu finden. Einige Zahlen veranschaulichen dies. Im Jahr 2004 waren laut der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) 185 Millionen Menschen weltweit arbeitslos. In einigen Staaten Afrikas und Asiens arbeitet die Mehrheit der Menschen im informellen Sektor.<sup>14</sup> Von den 2,8 Milliarden Arbeiterinnen und Arbeitern weltweit verdienen rund die Hälfte weniger als zwei Dollar pro Tag. Ungefähr 550 Millionen Menschen weltweit leben von weniger als einem Dollar pro Tag.<sup>15</sup>

Darüber hinaus gibt es in der demografischen Entwicklung erhebliche Unterschiede zwischen entwickelten Ländern und Entwicklungsländern. Während in Deutschland die Geburtenrate bei 1,3 Kindern pro Frau liegt, werden in der Sub-Sahara 5,4 Kinder pro Frau geboren.<sup>16</sup> Industriestaaten haben also die Probleme, die mit der Überalterung ihrer Gesellschaften einhergehen, zu lösen, während Entwicklungsländer ihrer Jugend eine Zukunft geben müssen.

Schließlich weist die Kommission darauf hin, dass einige der Länder, die mit hoher Arbeitslosigkeit und geringen Entwicklungschancen zu kämpfen haben, fragile Demokratien sind. Insbesondere die jüngeren Einwohner dieser Staaten entschließen sich deswegen, das Land zu verlassen, um in anderen Staaten unter besseren Bedingungen leben und arbeiten zu können.<sup>17</sup>

Häufig wird zwischen freiwilliger und erzwungener Migration unterschieden. Unter erzwungener Migration wird in der Regel die Flucht vor politischer Unterdrückung und vor Bürgerkrieg verstanden, während freiwillige Migration insbesondere die Arbeitsmigration umfasst. Die Grenzen zwischen erzwungener und freiwilliger Migration sind aber fließend. Diejenigen, die vor einer Umweltkatastrophe oder vor wirtschaftlicher

Not fliehen, verlassen ihr Heimatland in der Regel ebenfalls nicht freiwillig, werden aber nach traditionellem Verständnis als freiwillig migrierend eingeordnet.

Nur einen kleinen Teil der Migrationsbewegung macht die so genannte Funktionseelite aus. Dabei handelt es sich um Personen, die an der Spitze der beruflich-sozialen Pyramide stehen, wie zum Beispiel Fach- und Führungskräfte, aber auch Sportler. Diese Gruppe wird von allen Staaten als für die Migrationskontrolle irrelevant eingestuft.<sup>18</sup>

## II. Reaktionen der Politik in Europa

Die Globalisierung hat nicht zu einer Liberalisierung der Migration geführt. Während auf der einen Seite Handels- und Finanzbewegungen weitgehend dereguliert und liberalisiert sind, behalten sich die Staaten nach wie vor, die Migration zu kontrollieren und zu regulieren.<sup>19</sup> In Deutschland und der EU hat dabei in den letzten Jahren die Bekämpfung der illegalen Migration und die Integration der hier lebenden Migrantinnen und Migranten im Vordergrund gestanden. Insbesondere bei der Bekämpfung der illegalen Migration ist dabei auf repressive Maßnahmen gesetzt worden und der Schutz der Rechte der betroffenen Personen in den Hintergrund getreten.<sup>20</sup> Auf dem Gipfel von Tampere 1999 einigten sich die europäischen Staats- und Regierungschefs auf ein gemeinsames Migrationsmanagement, das einen Schwerpunkt auf die Bekämpfung der illegalen Migration und die Rückführung von unerwünschten Drittstaatsangehörigen legte.<sup>21</sup> Dieser Schwerpunkt wurde auf den Gipfeln der europäischen Staats- und Regierungschefs bis heute immer wieder bekräftigt<sup>22</sup> und wird im Haager Aktionsplan der Europäischen Kommission vom Dezember 2004 noch einmal wiederholt.<sup>23</sup> Dementsprechend haben sich die Mitgliedstaaten der EU insbesondere auf Rechtsakte

<sup>13</sup> GCIM (2005), S. 12f: 3 „Ds“: Differences in development, demography and democracy.

<sup>14</sup> GCIM (2005), S. 11.

<sup>15</sup> GCIM (2005), S. 11.

<sup>16</sup> UNDP (2005), S. 232f.

<sup>17</sup> GCIM (2005), S. 14f.

<sup>18</sup> Bade (2002), S. 31f.

<sup>19</sup> Instrukтив: Richards (2004), S. 151, Moses/Letnes (2004), 1609.

<sup>20</sup> Exemplarisch für diesen Politikansatz: Wöhlcke (2003), S. 300.

<sup>21</sup> Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Europäischer Rat, 15. und 16. Oktober 1999, Punkt IV der Schlussfolgerungen.

<sup>22</sup> Z.B. Europäischer Rat, 14. und 15.12.2001, Laeken, Abs. 40 der Schlussfolgerungen. Europäischer Rat 13. und 14.06.2002, Sevilla, Abs. 30 der Schlussfolgerungen des Rates. Zuletzt Europäischer Rat, 14. und 15.12.2005 in Brüssel, Abs. 8 der Schlussfolgerungen des Vorsitzes.

<sup>23</sup> Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament – Das Haager Programm: Zehn Prioritäten für die nächsten fünf Jahre – Die Partnerschaft zur Erneuerung Europas im Bereich der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, KOM/2005/0184 endg., Punkt 4.

und Maßnahmen zur Bekämpfung der illegalen Migration geeinigt. Bereits im Jahr 2002 verständigten sich die EU-Mitgliedstaaten auf eine Definition der Beihilfe zur unerlaubten Einreise.<sup>24</sup> Im Dezember 2003 wurde die Gemeinsame Konsularische Instruktion, die Verwaltungsvorschriften für die Konsularbeamten zur Visumsvergabe enthält, dahingehend geändert, dass die Bekämpfung der illegalen Migration in den Vordergrund gerückt wurde.<sup>25</sup> Außerdem haben sich die Schengenstaaten unter anderem auf ein gemeinsames Visainformationssystem (VIS) geeinigt, das auch der Bekämpfung der illegalen Migration dienen soll.<sup>26</sup>

Zum anderen haben die EU-Staaten gemeinsame Maßnahmen zur Abschiebung von unerwünschten Drittstaatsangehörigen angenommen. Dies beinhaltet die Durchführung gemeinsamer Abschiebungsflüge<sup>27</sup> und den Abschluss von Rückübernahmeabkommen der EU mit Drittstaaten, die die freiwillige oder zwangsweise Rückkehr von Drittstaatsangehörigen in ihre Heimatländer vereinfachen sollen.<sup>28</sup> Im Jahr 2004 wurde die Richtlinie über Aufenthaltstitel für die Opfer von Menschenhandel verabschiedet.<sup>29</sup> Im September 2005 hat die Kommission darüber hinaus eine Richtlinie zur Harmonisierung der Ausweisungs- und Abschiebungsentscheidungen vorgelegt.<sup>30</sup>

Nur langsam können sich die EU-Staaten dagegen auf gemeinsame Regeln zur legalen Migration von Drittstaatsangehörigen einigen. Nach wie vor ist nicht EU-

einheitlich definiert, wann ein Drittstaatsangehöriger legal in einem EU-Staat lebt. Dies ist immer noch den Mitgliedstaaten überlassen.<sup>31</sup> Ein im Jahr 2001 von der Kommission vorgelegter Entwurf zur Harmonisierung der Bedingungen für die Einreise von Drittstaatsangehörigen zur Arbeitsaufnahme scheiterte am Widerstand der EU-Staaten. Im Januar 2005 legte die Kommission ein Grünbuch zur Arbeitsmigration vor, um den Dialog mit den Mitgliedstaaten über diese Frage wieder aufzunehmen. Im Dezember 2005 legte die Kommission einen Strategischen Plan zur legalen Zuwanderung vor, in dem die Kommission vorschlug, zum einen eine Rahmenrichtlinie über das Antragsverfahren von Drittstaatsangehörigen, die zur Arbeitsaufnahme in einen EU-Staat reisen möchten, zu erarbeiten, und zum anderen vier Richtlinien für bestimmte Gruppen von Arbeitnehmern aus Drittstaaten zu entwickeln.<sup>32</sup> Beide Vorlagen sind von den Mitgliedstaaten noch nicht aufgegriffen worden.

Einigen konnten sich die Mitgliedstaaten dagegen auf Richtlinien zur Familienzusammenführung,<sup>33</sup> zur Stellung von langfristig in der EU lebenden Drittstaatsangehörigen<sup>34</sup> und zur Gleichstellung von Drittstaatsangehörigen mit EU-Staatsangehörigen bezüglich der sozialen Sicherheit.<sup>35</sup>

Auch Deutschland hat mit dem neuen Zuwanderungsgesetz keine neue Möglichkeit der legalen Zuwanderung geschaffen, sondern die Einwanderungsmög-

24 Richtlinie 2002/90/EG des Rates vom 28. November 2002 zur Definition der Beihilfe zur unerlaubten Ein- und Durchreise und zum unerlaubten Aufenthalt.

25 Die Gemeinsame Konsularische Instruktion, Stand 27.09.2005, 12357/05, wurde unter anderem um folgende Passage ergänzt: „Für die Einschätzung des Migrationsrisikos liegt die Bewertung in der alleinigen Verantwortung der Auslandsvertretung. Bei der Prüfung des Visumantrags ist festzustellen, ob der Antragsteller die Absicht hat, in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten mit Hilfe eines zu Touristik-, Studien-, Geschäfts- beziehungsweise zu Familienbesuchszwecken ausgestellten Visums einzuwandern und sich dort niederzulassen. Besondere Aufmerksamkeit ist u.a. auf 'Personenkreise mit erhöhtem Risikofaktor', Arbeitslose und Personen, die nicht über geregelte Einkünfte verfügen, zu richten.“

26 Entscheidung des Rats vom 8. Juni 2004 zur Einrichtung des Visa-Informationssystems (VIS) (2004/512/EG).

27 Entscheidung des Rates vom 29. April 2004 betreffend die Organisation von Sammelflügen zur Rückführung von Drittstaatsangehörigen, die individuellen Rückführungsmaßnahmen unterliegen, aus dem Hoheitsgebiet von zwei oder mehr Mitgliedstaaten, 2004/573/EG, Amtsblatt Nr. L 261 vom 06.08.2004 S. 28-35.

28 Für Einzelheiten, siehe Peers (2005), 273ff.

29 Richtlinie 2004/81/EG des Rates vom 29. April 2004 über die Erteilung von Aufenthaltstiteln für Drittstaatsangehörige, die Opfer des Menschenhandels sind oder denen Beihilfe zur illegalen Einwanderung geleistet wurde und die mit den zuständigen Behörden kooperieren, Amtsblatt Nr. L 261 vom 06/08/2004 S. 19-23.

30 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger vom 15.09.2005, KOM (2005) 391 endgültig.

31 Das gilt allerdings nicht für den Flüchtlingsbereich. Hier liegen gemeinsame Definitionen über den Flüchtlingsbegriff und über den subsidiären Schutz vor.

32 Grünbuch über ein EU-Konzept zur Verwaltung der Wirtschaftsmigration vom 11.01.2005 und Strategischer Plan zur legalen Zuwanderung, KOM (2005) S. 669 endg. vom 21.12.2005.

33 Richtlinie 2003/86/EG des Rates vom 22. September 2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung.

34 Richtlinie 2003/109/EG des Rates vom 25. November 2003 betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen.

35 Verordnung (EG) Nr. 859/2003 des Rates vom 14. Mai 2003 zur Ausdehnung der Bestimmungen der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 und der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 auf Drittstaatsangehörige, die ausschließlich aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit nicht bereits unter diese Bestimmungen fallen.

lichkeiten nach Deutschland eng begrenzt. Während der ursprüngliche Entwurf des Zuwanderungsgesetzes ein Punktesystem zur Arbeitsmigration vorsah, wie es klassische Einwanderungsländer kennen, wurde diese Einwanderungsmöglichkeit im Laufe des weiteren Gesetzgebungsverfahrens unter Hinweis auf die hohe Arbeitslosigkeit gestrichen.<sup>36</sup>

### III. Ökonomische und menschenrechtliche Bewertungen

#### 1. Ökonomische Einschätzung

Etwa 150 Milliarden Dollar werden jährlich von den Migrantinnen und Migranten in ihre Heimatländer zur Unterstützung der dort lebenden Familien gesandt. Diese Summe übertrifft die Entwicklungshilfe und die Direktinvestitionen, die Industriestaaten an Entwicklungsländer leisten, bei weitem.<sup>37</sup>

Wirtschaftswissenschaftler weisen immer wieder darauf hin, dass die Schließung des nationalen Arbeitsmarktes vor Migrantinnen und Migranten, die zum Beispiel in Deutschland mit der hohen Arbeitslosigkeit begründet wird, aus ökonomischer Sicht nicht sinnvoll sei, denn eine Liberalisierung der Migrationsströme sei für alle Beteiligten gewinnbringend.<sup>38</sup> Die Liberalisierung würde zu einer Angleichung der nach wie vor sehr unterschiedlichen Lohnniveaus führen, ohne dass die Industriestaaten mit großen Einbußen zu rechnen hätten.<sup>39</sup> Darüber hinaus wäre mit weltweiten Gewinnen zu rechnen, die nach konservativer Berechnung bei 5,4 Prozent des weltweiten Bruttosozialprodukts lägen.<sup>40</sup>

Der Beschluss Deutschlands, für eine Übergangszeit die Freizügigkeit der Staatsangehörigen der 2004 beigetretenen EU-Staaten zu beschränken, wurde von Volkswirten mit Hinweis auf die negativen volkswirtschaftlichen Effekte kritisiert. Denn die Betroffenen versuchten auf anderem Wege, eine Beschäftigung in Deutschland zu finden, zum Beispiel in der Schattenwirtschaft. Zudem würde Deutschland den Wettkampf um die am besten qualifizierten Arbeitskräfte zum Beispiel gegenüber Großbritannien, das die Freizügigkeit nicht beschränkt hat, verlieren.<sup>41</sup>

Bezüglich der illegalen Migration haben Wirtschaftswissenschaftler in Kostenanalysen darauf hingewiesen, dass es insgesamt teurer sei, die Grenzkontrollen stetig aufzurüsten, als relativ offene Einreisemöglichkeiten zu ermöglichen. Das liege zum einen daran, dass die Kosten für Personal und Material zur Grenzüberwachung stetig steigen würden, zum anderen aber auch daran, dass diejenigen, die illegal einreisen würden, dies mit einem erheblich höheren Kostenaufwand tun müssten und deswegen in der Regel länger im Land bleiben würden, auch wenn sie keine Arbeit mehr hätten, als wenn sie relativ einfach ein- und ausreisen könnten.<sup>42</sup> Auch das britische Innenministerium hat in einer Analyse festgestellt: "There is strong circumstantial evidence (but little authoritative research) to show that restrictive measures have led to growth in trafficking and illegal entry of both asylum seekers and economic migrants."<sup>43</sup> Dies wird auch von Hilfsorganisationen bestätigt, die illegale Migrantinnen und Migranten unterstützen.<sup>44</sup>

Schließlich wird auch darauf hingewiesen, dass in den Ländern der EU ein Bedarf an billigen und mobilen

<sup>36</sup> Während eine Zuwanderung nach dem Punktesystem zunächst vorgesehen war (siehe BT-Drucksache 15/420), wurde diese Möglichkeit im Rahmen der Verhandlungen im Vermittlungsausschuss gestrichen (siehe Empfehlungen des Vermittlungsausschusses, BT-Drucksache 15/3479).

<sup>37</sup> Die Weltbank hat für das Jahr 2005 die weltweite offizielle Entwicklungshilfe auf ca. 80 Milliarden Dollar geschätzt. (Weltbank (2006), S. 76)

<sup>38</sup> Stellvertretend Moses/Letnes (2004), S. 1609ff.

<sup>39</sup> Moses/Letnes (2004), 1617, rechnen mit einem Absinken der Löhne um 2,5 Prozent bei einer Liberalisierung der Migration, während in den Entwicklungsländern gleichzeitig die Löhne um mehr als vier Prozent steigen würden.

<sup>40</sup> ebenda.

<sup>41</sup> Brücker (2005), S. 353, 358. Laut New York Times, 23.08.2006, sind seit 2004 zirka 600.000 Personen aus den neuen EU-Staaten nach Großbritannien gekommen.

<sup>42</sup> The Economist, Oktober 2002. In dem Essay wurde die Grenzsicherung an den spanischen Grenzen untersucht: zu dem Zeitpunkt, als die Grenzkontrollen noch lax waren, konnten nordafrikanische Saisonarbeiterinnen und -arbeiter für die Erntesaison illegal einreisen und danach wieder zu ihren Familien zurückkehren. Je stärker die Grenzen aber kontrolliert wurden, desto mehr mussten sie an Schleuser zahlen und desto länger mussten sie in Spanien bleiben, damit sich die Investition, die zum Teil ganze Familien für sie getätigt hatten, rentierten.

<sup>43</sup> „Es gibt starke tatsächliche Belege (aber nur wenig verlässliche Forschung), die zeigen, dass restriktive Maßnahmen zu einem Wachstum von Menschenhandel und illegalem Grenzübertritt sowohl von Asylsuchenden als auch Wirtschaftsmigranten geführt hat.“ (Übersetzung der Autorin), zitiert nach Schönfelder/Vogel, Sciortino (2004), S. 30.

<sup>44</sup> Z.B. Jörg Alt in einem offenen Brief an die Mitglieder des Visa-Untersuchungsausschusses des Bundestages im März 2005.

Arbeitskräften besteht und dieser insbesondere von irregulären Migrantinnen und Migranten gedeckt wird. So wurden in Frankreich nach Schätzungen etwa ein Drittel der Autobahnen von irregulären Migrantinnen und Migranten gebaut und im Berlin der 1990er Jahre konnte die größte Baustelle Europas nur mit illegalen Arbeitskräften innerhalb der von der Bundesregierung vorgegebenen Kostenspielfräume und zu den vorgegebenen Einzugsterminen beendet werden.<sup>45</sup>

## 2. Menschenrechtliche Bewertung

Ein Vergleich der Migrationspolitik heute, die im wesentlichen auf Abwehr und Abschreckung setzt, mit der Migrationspolitik der 1970er Jahre zeigt eines: Während in den 1970er Jahren die Stärkung der Rechte von Migrantinnen und Migranten als wichtiger Baustein bei der Bekämpfung der illegalen Migration gesehen wurde,<sup>46</sup> spielen heute die Menschenrechte der betroffenen Personen eine untergeordnete Rolle. Immer wieder mahnen Menschenrechtsorganisationen gegenüber der EU und der Bundesrepublik an, die menschenrechtliche Dimension der Migration nicht außer Sicht zu verlieren.<sup>47</sup> Bade spricht wegen dieser Politik gar von einem „historischen Skandal, an dem künftige Generationen das Humanitätsverständnis Europas im späten 20. Jahrhundert bemessen werden.“<sup>48</sup>

Nichtregierungsorganisationen bemängeln an der EU-Politik, dass bei der Bekämpfung der illegalen Migration ausschließlich die Sanktionierung und strafrechtlichen Aspekte im Vordergrund stünden, nicht aber die Rechte der betroffenen Migrantinnen und Migranten.<sup>49</sup> Zudem wird die Abschiebungspraxis der Mitgliedstaaten kritisiert.<sup>50</sup>

Auch das Europäische Parlament (EP) hat sich zum Teil besorgt über das Außerachtlassen von menschen-

rechtlichen Grundsätzen gezeigt.<sup>51</sup> Ein Beispiel dafür ist die Klage des Europäischen Parlaments gegen die Richtlinie zur Familienzusammenführung beim Europäischen Gerichtshof. Aus Sicht des EP verletzen die mögliche Begrenzung des Nachzugsalters auf zwölf Jahre und die mögliche Einführung einer Wartefrist von zwei Jahren, bevor der Familiennachzug erlaubt wird, das Recht auf den Schutz der Familie. Der Europäische Gerichtshof hat die Klage als unbegründet zurückgewiesen, weil die Richtlinie nicht gegen das Recht auf den Schutz der Familie, die Verpflichtung zur Berücksichtigung des Kindeswohls oder das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters verstoße. Insbesondere begründe das in Art. 8 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) verankerte Recht auf Schutz der Familie kein subjektives Recht auf Aufnahme in das Hoheitsgebiet eines Staates.<sup>52</sup>

Betrachtet man die Migrationsströme, so wird deutlich, dass Migrantinnen und Migranten in allen Phasen der Migration Opfer von Menschenrechtsverletzungen werden. Dies ist von Menschenrechtsorganisationen umfassend dokumentiert worden. Dabei sind es nicht nur asiatische oder afrikanische Länder, die die Menschenrechte von Migrantinnen und Migranten verletzen.<sup>53</sup> Auch EU-Staaten stehen in der Kritik der Organisationen. Beispielhaft sei hier Kritik an der Bewältigung des Migrationsandrangs auf Ceuta genannt.<sup>54</sup>

## IV. Migration in Deutschland

### 1. Überblick

In Deutschland leben zirka 6,7 Millionen Ausländerinnen und Ausländer, von denen knapp 1,5 Millionen in Deutschland geboren wurden.<sup>55</sup> Darunter fallen alle Personen, die nicht die deutsche Staatsbürgerschaft

<sup>45</sup> Siehe zur Diskussion: Bade (2002), S. 13, 33ff.

<sup>46</sup> Auf diese Entwicklung weist auch Cyrus (2004a), S. 12.

<sup>47</sup> Z.B. Stellungnahme von PICUM zum Grünbuch der Kommission zur Arbeitsmigration, April 2005. KOK e.V., Schattenbericht zum Bericht der Bundesregierung zum CEDAW, S. 82f.

<sup>48</sup> Bade (2002), S. 42.

<sup>49</sup> Zum Beispiel amnesty international, Januar 2005.

<sup>50</sup> Zum Beispiel amnesty international, Caritas Europe, Human Rights Watch et. al, August 2005.

<sup>51</sup> Zum Beispiel Entschließung des Europäischen Parlaments zu dem EU-Konzept zur Verwaltung der Wirtschaftsmigration (KOM (2004) 0811 – 2005/2059/INI), vom 26.10.2005, P6\_TA\_PROV (2005)0408

<sup>52</sup> Urteil des Europäischen Gerichtshof vom 27. Juni 2006 in der Rechtssache C540/03, Europäisches Parlament/Rat der Europäischen Union. Damit entschied der EuGH anders, als von der Generalanwältin Kokott empfohlen. Sie hielt die Klage für unzulässig, hob aber hervor, dass insbesondere die zweijährige Wartefrist bei der Familienzusammenführung ein Verstoß gegen das Recht auf Schutz der Familie sei.

<sup>53</sup> Zum Beispiel die Situation von burmesischen Staatsbürgern in Thailand.

<sup>54</sup> Zum Beispiel amnesty international, Pressemitteilung vom 26.10.2005 zu der Situation in Ceuta, Bericht von amnesty international zur Migrationspolitik in Italien vom 20.6.2005.

<sup>55</sup> Migrationsbericht 2005 (2005), S. 116.

besitzen. Dies umfasst Menschen in sehr unterschiedlichen Lebenssituationen, zum Beispiel die in Berlin-Kreuzberg geborene Rechtsanwältin, die immer noch die türkische Staatsbürgerschaft besitzt, wie auch die Frau aus Moldawien, die mit einem Touristenvisum nach Deutschland eingereist ist und seit sechs Monaten eine 90-jährige Frau pflegt. Auch der Italiener und seine brasilianische Ehefrau, die ein Restaurant in Düsseldorf führen, sind Migranten. Darunter fällt darüber hinaus auch die IT-Spezialistin, die aus Indien angeworben wurde und sich entschlossen hat, für fünf Jahre in Deutschland zu leben und zu arbeiten. Auch die Polin, die jeden Sommer für drei Monate zum Spargelstechen nach Deutschland kommt, ist Migrantin. Schließlich fällt darunter ebenso der scheinselfständige polnische Bauarbeiter, der auf einer Baustelle in Leipzig arbeitet, wie der untergetauchte ukrainische Bauarbeiter.

Es liegt auf der Hand, dass diese Migrantinnen und Migranten in unterschiedlichem Grade schutzbedürftig sind. Die Berliner Rechtsanwältin wird mit einer Niederlassungserlaubnis gemäß § 9 Aufenthaltsgesetz (AufenthG) hier leben und ist deutschen Staatsangehörigen weitgehend gleichgestellt.<sup>56</sup> Dies gilt auch für den italienischen Restaurantbesitzer und seine brasilianische Ehefrau: EU-Bürger und ihre Familienangehörigen sind deutschen Staatsbürgern gleichgestellt. Auch die indische IT-Spezialistin genießt einen privilegierten Status. Als hoch qualifizierte Fachkraft hat sie eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 18 AufenthG. Sie ist kranken- und rentenversichert und hat das Recht zur Ein- und Ausreise. Einziger Wermutstropfen: Die in Deutschland erworbenen Rentenanwartschaften nutzen ihr bei einer Rückkehr nach Indien nichts, da zwischen Indien und Deutschland kein Sozialversicherungsabkommen besteht, das die Übertragung der Rentenanwartschaften in das jeweilig andere Land sichert.<sup>57</sup>

Die Polin, die zum Spargelstechen für wenige Monate nach Deutschland kommt, arbeitet als Saisonarbeitnehmerin legal in Deutschland, ihr Arbeitgeber ist verpflichtet, die Sozialversicherungsbeiträge nach Polen abzuführen. Bei Streitigkeiten kann sie ihren Lohn vor einem deutschen Arbeitsgericht einklagen.

Anders sieht es bei der moldawischen Altenpflegerin aus. Sie hält sich nach dem Ausländerrecht illegal in

Deutschland auf. Zwar zahlt sie keine Steuern, ist aber auch nicht sozialversichert. Wenn sie Schwierigkeiten mit ihrem Arbeitgeber hat, kann sie auf staatliche Hilfe nur um den Preis der Ausweisung aus Deutschland rechnen. Ähnlich ergeht es dem scheinselfständigen polnischen Bauarbeiter. Zwar darf er einer selbstständigen Tätigkeit in Deutschland nachgehen, aber als Scheinselfständiger, der tatsächlich wie ein Angestellter arbeitet, ist er nicht sozialversichert und kann seine Ansprüche gegen seinen Arbeitgeber nur schwer durchsetzen. Der ukrainische Bauarbeiter muss während seiner Tätigkeit fürchten, dass er bei einer Kontrolle der Finanzbehörden auf der Baustelle festgenommen und abgeschoben wird. Er muss auch damit rechnen, dass sich sein Arbeitgeber nicht an die Lohnvereinbarung hält und er deswegen weniger als vereinbart erhält.

Diese Beispiele zeigen, dass allen Migrantinnen und Migranten nur eines gemein ist: Sie leben in einem Land, dessen Staatsbürgerschaft sie nicht besitzen.

## 2. „Legale“ und „illegale“ Migrantinnen und Migranten in Deutschland

### a) Definition des „legalen“ Aufenthalts

Die Rechte und Lebenssituation von Migrantinnen und Migranten werden wesentlich davon bestimmt, ob sie sich legal oder illegal in Deutschland aufhalten. Legal hält sich derjenige auf, der einen Aufenthaltstitel besitzt. Illegal hält sich dagegen derjenige auf, der ohne Aufenthaltstitel in Deutschland lebt. Diese Unterscheidung bedarf einer Erläuterung. Laut dem Aufenthaltsgesetz gibt es drei Aufenthaltstitel, die zum Aufenthalt in Deutschland berechtigen: das Visum, die Aufenthaltserlaubnis und die Niederlassungserlaubnis.<sup>58</sup> Das Visum wird vor der Einreise erteilt und erlaubt den Aufenthalt ebenso wie die Aufenthaltserlaubnis für einen befristeten Zeitraum. Beide können mit Auflagen und Bedingungen, wie zum Beispiel einem Arbeitsverbot, verknüpft werden. Die Niederlassungserlaubnis wird an diejenigen erteilt, die auf Dauer in Deutschland leben. Sie kann weder mit Auflagen noch mit Bedingungen verknüpft werden und berechtigt immer zur Arbeitsaufnahme.

<sup>56</sup> Nicht nur durch das AufenthG ist sie geschützt, sondern auch durch das EWG-Assoziationsabkommen von 1980 mit der Türkei, das das Aufenthaltsrecht stärkt.

<sup>57</sup> Sie kann sich lediglich die erworbenen Rentenanwartschaften auszahlen lassen, dabei werden ihr aber in der Regel nur die Arbeitnehmeranteile, nicht aber die Arbeitgeberanteile ausgezahlt, siehe § 210 SGB VI.

<sup>58</sup> § 4 Abs. 1 AufenthG. Außer acht gelassen wird hier die Aufenthaltsgestattung, die Asylbewerbern und Asylbewerberinnen während ihres Asylverfahrens erteilt wird.



Schließlich leben in Deutschland zirka 192.000 Personen mit einer Duldung. Auch diese Menschen halten sich legal in Deutschland auf. Die Duldung gilt nach deutschem Recht nicht als Aufenthaltstitel.<sup>59</sup> Sie ist lediglich die Anerkennung, dass eine ausreisepflichtige Person aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht abgeschoben werden darf. Somit ist die Duldung eigentlich für die Fälle gedacht, in denen einer Person weder aus Gründen der Arbeit, noch aus Gründen der Familienzusammenführung noch aus humanitären Gründen eine Aufenthaltserlaubnis zusteht, die Abschiebung aber kurzfristig nicht durchgeführt werden kann. Aus diesem Grund soll sie immer nur für einen kurzen Zeitraum erteilt werden. Zudem sieht das Gesetz vor, dass eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 5 AufenthG erteilt werden soll, wenn eine Person bereits länger als 18 Monate mit einer Duldung in Deutschland lebt.

Entgegen der Absicht des Gesetzgebers ist die Duldung für viele der „geduldeten“ Menschen zu einem Dauerzustand geworden: Von den 192.000 Menschen, die mit einer Duldung in Deutschland leben, ist ein Viertel bereits vor 1995 nach Deutschland eingereist, weitere zwölf Prozent sind in den Jahren 1996–98 nach Deutschland gekommen.<sup>60</sup> Insgesamt sind 173.213 geduldete Menschen schon länger als 15 Monate in Deutschland.

Da die Duldung offiziell kein Aufenthaltstitel ist, sind die Rechte der Personen, die mit einer Duldung in Deutschland leben, sehr eingeschränkt: erst nach einem Jahr können sie eine Arbeitserlaubnis erhalten. Dabei prüft die Bundesagentur für Arbeit aber immer, ob nicht ein Deutscher, EU-Staatsbürger oder ein Ausländer mit einem Aufenthaltstitel für die Stelle in Betracht kommt (so genannter nachrangiger Zugang zum Arbeitsmarkt). Erst wenn eine geduldete Person mindestens drei Jahre ununterbrochen sozialversicherungspflichtig gearbeitet hat oder aber vier Jahre in Deutschland gelebt hat, erhält sie einen unbeschränkten Zugang zum Arbeitsmarkt.<sup>61</sup> Darüber hinaus erhalten geduldete Personen in den ersten drei Jahren nur Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG). Sie unterliegen der Residenzpflicht, das heißt, die Duldung kann auf ein

bestimmtes Bundesland, eine Region oder eine Stadt beschränkt werden. Verlässt die geduldete Person dieses Gebiet, so begeht sie eine Ordnungswidrigkeit.

Auch der Zugang zu Bildungseinrichtungen ist beschränkt. Eine Ausbildung ist in der Regel nicht möglich. Auch die Aufnahme eines Studiums ist nur in Ausnahmen zulässig.

Die Bundesregierung rechtfertigt diese massiven Einschränkungen der Rechte der geduldeten Menschen damit, dass diese sich illegal – also ohne Aufenthaltstitel – in Deutschland aufhalten würden und deswegen keine Maßnahmen ergriffen werden sollten, die den Aufenthalt des Ausländers oder der Ausländerin auf dem Bundesgebiet verfestigen sollten.<sup>62</sup>

Geduldete Personen halten sich nach Auffassung der Bundesregierung illegal in Deutschland auf, da es sich lediglich um die Aussetzung der Vollstreckung der bestehenden Ausreisepflicht handelt.<sup>63</sup> Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Das ergibt sich bereits daraus, dass der Aufenthalt von geduldeten Personen nach deutschem Recht umfassend geregelt ist. Dementsprechend halten sich geduldete Personen mit Kenntnis und Erlaubnis des Staates in Deutschland auf. Auch aus strafrechtlicher Sicht ist die Argumentation der Bundesregierung nicht haltbar, da nur derjenige eine Straftat wegen illegalen Aufenthalts gemäß § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG begeht, der sich ohne Aufenthaltstitel und ohne, dass die Abschiebung ausgesetzt ist, in Deutschland aufhält. Die Duldung ist aber genau die Aussetzung der Abschiebung. All dies zeigt, dass Personen mit einer Duldung legal in Deutschland leben.

## b) Definition des „illegalen“ Aufenthalts

Im Folgenden werden illegal in Deutschland lebende Personen definiert:

Es sind diejenigen, die nach Deutschland ohne Visum eingereist sind, obwohl sie ein Visum benötigen<sup>64</sup> und diejenigen, die zwar ursprünglich einen Aufenthaltstitel oder eine Duldung besaßen, jetzt aber ohne gültige

<sup>59</sup> Geregelt in § 60a AufenthG.

<sup>60</sup> Siehe Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Linken, BT-Drs. 16/307.

<sup>61</sup> § 9 Beschäftigungsverfahrensverordnung (BeschVerfV).

<sup>62</sup> Explizit anerkannt ist das für das Ermessen beim Erteilen einer Arbeitserlaubnis. In das Ermessen hat die zuständige Behörde immer auch das Interesse des Staates, dass sich der Aufenthalt der geduldeten Person nicht verfestigt, einzubeziehen. Für Einzelheiten: Marx (2005), S. 217.

<sup>63</sup> So zum Beispiel in den vorläufigen Anwendungshinweisen des Bundesministerium des Innern zu § 60a des AufenthG: „Die Duldung gibt dem Ausländer kein Aufenthaltsrecht, der Aufenthalt bleibt vielmehr unrechtmäßig und die Pflicht zur unverzüglichen Ausreise besteht fort.“

<sup>64</sup> Eine Liste der visumpflichtigen Staaten ist auf der Homepage des Auswärtigen Amtes unter [www.auswaertiges-amt.de](http://www.auswaertiges-amt.de) zu finden. Die Visumpflicht wird schengenweit einheitlich geregelt.

Aufenthaltspapiere in Deutschland leben.<sup>65</sup> Diese Einteilung beschäftigt sich nicht damit, wie eine Person illegal eingereist ist, ob sie also über die grüne oder blaue Grenze oder mit gefälschten Papieren eingereist ist,<sup>66</sup> oder warum eine Person sich dafür entscheidet, nach Auslaufen ihres Aufenthaltstitels weiterhin in Deutschland zu bleiben.

Bei dem Begriff „illegaler Aufenthalt“, der heute in der öffentlichen Wahrnehmung immer mit Kriminalität verbunden wird, ist Folgendes zu beachten. Die Definition des illegalen Aufenthaltes und auch die Bewertung des illegalen Aufenthalts sind abhängig von den rechtlichen Vorgaben. Diese können sich im Laufe der Zeit ändern. Dazu drei Beispiele: Bis zum 1. Mai 2005 hielten sich polnische Staatsbürger, die länger als drei Monate in Deutschland lebten, illegal in Deutschland auf. Mit dem Beitritt Polens zur EU galt ihr Aufenthalt, weil sie EU-Bürger geworden waren, nicht mehr als illegal. In den 1960er Jahren, als die Bundesrepublik Arbeitskräfte anwarb, war neben den zwei vorgesehenen offiziellen Einreisemöglichkeiten auch ein dritter Weg von den Behörden akzeptiert. Derjenige, der mit einem Touristenvisum einreiste und dann selbständig einen Arbeitsplatz fand, erhielt umgehend eine Aufenthaltserlaubnis.<sup>67</sup> Der Aufenthalt ohne Aufenthaltstitel war nach damaligem Recht keine Straftat. Nach heutigem Verständnis wäre dies undenkbar. Würde ein Migrant selbständig eine Arbeit finden und daraufhin eine Arbeitserlaubnis beantragen, so würde sie ihm mit der Begründung verweigert, dass er mit einem Touristenvisum nicht arbeiten dürfe. Ein drittes Beispiel für die veränderte Wahrnehmung von „illegalem“ Aufenthalt bieten die Niederlande. Bis 1998 war es möglich, dass ein Arbeitgeber einen illegal in den Niederlanden lebenden Ausländer bei den Sozialversicherungen anmelden konnte, so dass der „Illegale“ kranken-, unfall- und rentenversichert war. In den Niederlanden wurde von den so genannten „weißen Illegalen“ gesprochen. 1998 wurde diese Möglichkeit mit der Begründung, man wolle illegale Migration bekämpfen, abgeschafft.<sup>68</sup>

Der Begriff „illegal“ ist häufig deswegen kritisiert worden, weil er impliziert, dass eine Person insgesamt

illegal ist, obwohl sich der Begriff nur auf den aufenthaltsrechtlichen Status bezieht.<sup>69</sup> Dennoch wird im Folgenden der Begriff des illegal in Deutschland lebenden Migranten verwendet. Dies dient ausschließlich der Abgrenzung zum Begriff der „Irregularität“, der von der Wanderarbeitnehmerkonvention verwendet wird. Nach ihrer Definition ist derjenige Migrant regulär, der mit einer erforderlichen Aufenthaltserlaubnis und mit einer erforderlichen Arbeitserlaubnis in einem Beschäftigungsstaat lebt. Dementsprechend hält sich nach der Wanderarbeitnehmerkonvention diejenige Person irregulär in einem Staat auf, die entweder ohne Aufenthalts- oder Arbeitserlaubnis in einem Beschäftigungsstaat lebt, oder aber zwar mit einer Aufenthalts-, nicht aber mit der erforderlichen Arbeitserlaubnis in einem Staat lebt und arbeitet.<sup>70</sup>

### 3. Lebenssituation von Migrantinnen und Migranten

#### a) Legal in Deutschland lebende Migrantinnen und Migranten

Migrantinnen und Migranten leben im Durchschnitt immer noch in schlechteren Lebensbedingungen als Deutsche. So leben 68 Prozent aller Ausländerinnen und Ausländer in einem Haushalt, in dem das Einkommen unter 2000 Euro liegt (bei Deutschen sind das 58 Prozent). Nur neun Prozent haben ein Nettoeinkommen von mehr als 3.200 Euro pro Monat zur Verfügung (Deutsche: 16 Prozent).<sup>71</sup> Das Armutsrisiko von Personen mit Migrationshintergrund (zu denen auch Aussiedler und Aussiedlerinnen zählen) ist zwischen 1998 und 2003 von 12,9 Prozent auf 15,4 Prozent gestiegen. Bei ausländischen Seniorinnen und Senioren ist es sogar von 17 auf 29 Prozent gestiegen. Nach einer Studie von UNICEF über relative Kinderarmut in Deutschland ist der stärkste Anstieg von Kinderarmut bei Kindern aus Zuwandererfamilien zu verzeichnen. Hier verdreifachte sich der Anteil der armen Kinder von fünf auf 15 Prozent in den 1990er Jahren. Dabei hat UNICEF festgestellt, dass das Armutsrisiko für Kinder umso größer ist, je kürzer die Ankunft der Familie in Deutschland zurückliegt.<sup>72</sup>

<sup>65</sup> Dazu zu zählen nicht die Personen, die eine Verlängerung ihres Aufenthaltstitels beantragt haben und deren Aufenthalt während des Verwaltungsverfahrens oder verwaltungsgerichtlichen Verfahrens als erlaubt gemäß §§ 81 Abs. 4, § 84 Abs. 2 S. 2 AufenthG gilt.

<sup>66</sup> Informativ dazu Alt (2004), S. 310ff.

<sup>67</sup> Schönwälder u.a. (2004), S. 7.

<sup>68</sup> Ausführlich dazu: Pluymen (2004), S. 75ff.

<sup>69</sup> Zum Beispiel Sommer (2006), S. 3.

<sup>70</sup> Siehe dazu unten, Kapitel 2 III 1 a).

<sup>71</sup> Bericht der Beauftragten der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration (2005), S. 103ff.

<sup>72</sup> UNICEF Deutschland (2005), S. 4.



Auch die Wohnsituation von Migrantinnen und Migranten ist nach wie vor schlechter als die von Deutschen. Während Deutschen im Schnitt pro Person 43 qm zur Verfügung stehen, haben Migrantinnen und Migranten im Schnitt 27 qm zur Verfügung. Die Wohnungen von Migrantinnen und Migranten konzentrieren sich besonders stark in den von Armut, Arbeitslosigkeit und Sozialhilfebezug betroffenen Gebieten. Dennoch müssen sie im Durchschnitt höhere Mieten als Deutsche zahlen.<sup>73</sup> Sowohl die PISA-Studie, die die schulische Leistung von Fünfzehnjährigen untersucht hat, als auch die IGLU-Studie, die sich mit der schulischen Leistung von Grundschulern auseinandersetzt, haben gezeigt, dass Kinder aus Familien mit Migrationshintergrund mangelhafte mathematische Grundkenntnisse haben. Insbesondere Jungen mit Migrationshintergrund haben darüber hinaus nur unterdurchschnittliche Lesekenntnisse.<sup>74</sup> Dabei ist zu berücksichtigen, dass in Deutschland ungefähr ein Viertel aller fünfzehnjährigen Schülerinnen und Schüler aus Familien mit Migrationshintergrund stammen.

Schließlich arbeiten Migrantinnen und Migranten überwiegend im verarbeitenden Gewerbe und nicht wie Deutsche im Dienstleistungssektor. Einzige Ausnahme ist das Gastgewerbe, wo sie 21 Prozent der dort Arbeitenden stellen. Wegen der geringeren Qualifizierung sind sie besonders häufig von Arbeitslosigkeit betroffen. So liegt die Ausländerarbeitslosigkeit bei 20,5 Prozent und damit um fast 10 Prozentpunkte höher als bei Deutschen.<sup>75</sup> 72,5 Prozent der gemeldeten ausländischen Arbeitslosen sind ohne abgeschlossene Berufsbildung.

Im Jahr 2004 waren etwa 560.000 Ausländerinnen und Ausländer geringfügig beschäftigt, überwiegend in so genannten Minijobs. Davon waren 60 Prozent Frauen. Nach einer Studie der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) aus dem Jahr 2000 werden Migrantinnen und Migranten auch bei der Arbeitssuche diskriminiert. Danach sind ein Fünftel aller Arbeitsstellen für türkischstämmige Migrantinnen und Migranten der zweiten Generation verschlossen.<sup>76</sup>

## b) Illegal in Deutschland lebende Migrantinnen und Migranten

Über die Lebenssituation von illegal in Deutschland lebenden Menschen ist nur wenig bekannt. Alle Untersuchungen unterstreichen, dass es wegen der Heimlichkeit des Aufenthalts sehr schwierig sei, gesicherte Daten zu erhalten.<sup>77</sup> So schwanken die Schätzungen, wie viele Ausländerinnen und Ausländer illegal in Deutschland leben, zwischen 100.000 und einer Million Menschen.<sup>78</sup>

Die Gründe, warum sich ein Mensch illegal in Deutschland aufhält, sind vielfältig. Insbesondere ist zu unterscheiden zwischen Personen, die bereits ohne erforderliche Einreiseerlaubnis nach Deutschland einreisen und Personen, die legal nach Deutschland einreisen und sich hier mit einem Aufenthaltstitel aufhalten, diesen dann aber verlieren.

Die klandestinen Einreisewege nach Deutschland können grob in verschiedene Formen unterteilt werden, die auch ineinander übergehen können.<sup>79</sup>

Zum einen reisen Personen „scheinlegal“ ein, das heißt sie reisen zum Beispiel mit einem Touristenvisum ein, obwohl sie planen, längerfristig in Deutschland zu bleiben oder aber hier zu arbeiten. Der zweite Einreiseweg ist der mit gefälschten Papieren. Dabei werden Visa, aber auch Pässe und andere Identifikationsdokumente gefälscht. Der dritte Weg ist der über international agierende Schlepperorganisationen. Teilweise betreiben diese in den Herkunftsländern „Reisebüros“, in denen die Einreise nach Deutschland und die EU garantiert werden.<sup>80</sup>

Bei der heimlichen Einreise nach Deutschland ist weiterhin zu unterscheiden, ob jemand freiwillig oder aber unter Zwang nach Deutschland einreist. Viele illegale Migrantinnen und Migranten entscheiden sich freiwillig, nach Deutschland einzureisen. Entweder sie organisieren die Einreise individuell oder aber über Schlepperorganisationen. Dann „buchen“ sie eine Ein-

<sup>73</sup> Bericht der Beauftragten der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration (2005), S. 113f.

<sup>74</sup> PISA-Konsortium Deutschland (2003), 34, Bos/Lankes/u.a. (2003), S. 34.

<sup>75</sup> Von den ausländischen Arbeitslosen sind 80 Prozent EU-Bürger.

<sup>76</sup> De Beijl (2000), S. 62.

<sup>77</sup> Zum Beispiel Cyrus (2004), Worbs (2005), S. 4.

<sup>78</sup> Siehe Schönwälder u.a. (2004), S. 28f.

<sup>79</sup> Bade (2002), S. 33f.

<sup>80</sup> Bericht des 2. Untersuchungsausschusses der 15. Legislaturperiode, S. 260ff., BT-Drs. 15/5975.

reise nach Deutschland, um hier in der Regel zu arbeiten. Zwar ist der Menschenschmuggel strafbar, die geschmuggelten Personen sind dabei aber keine Opfer, denn der Schmuggel erfolgt mit ihrer Einwilligung. Migrantinnen und Migranten organisieren sich in diesen Netzwerken, um vorübergehend in der EU und Deutschland zu arbeiten.<sup>81</sup>

Opfer von Menschenhandel dagegen werden unter Zwang oder mit Täuschungen dazu gebracht, nach Deutschland zu reisen. In der Regel nutzen Menschenhändler dabei den Ausreisewillen aus. Mittels falscher Lockangebote werden sie zur Ausreise angeworben. Zu Opfern von Menschenhandel werden auch diejenigen, die während des Migrationsprozesses die Kontrolle und Autonomie über diesen Prozess verlieren.

Eine Studie der Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) über gehandelte Frauen aus Rumänien zeigt, dass der überwiegende Teil von ihnen mit falschen Versprechungen über Arbeitsangebote in Deutschland gelockt wurde. Diese Angebote umfassten auch Angebote zur Erbringung sexueller Dienstleistungen, dann aber unter Vorspiegelung falscher Tatsachen. Den Frauen wurden in diesen Fällen enorme Verdienstmöglichkeiten und selbstbestimmtes Arbeiten versprochen.<sup>82</sup>

Nach Schätzungen sind die Hälfte derjenigen, die illegal nach Deutschland einreisen, um hier zu arbeiten, freiwillige Arbeitsmigrantinnen und -migranten, zirka zehn bis 15 Prozent sind Opfer von Menschenhandel und werden gezwungen, insbesondere in der Sexindustrie zu arbeiten. Der große Rest sucht Schutz vor Verfolgung und Bürgerkrieg in Deutschland.<sup>83</sup>

Eine Person kann aber auch deswegen illegal in Deutschland leben, weil ihr Aufenthaltstitel abgelaufen ist. Als Beispiel sei eine Person genannt, die mit einem Touristenvisum eingereist ist und nach Ablauf des Visums länger in Deutschland bleibt. Es kann sich auch um eine Person handeln, die vergessen hat, ihren Aufenthaltstitel zu verlängern. Zum Teil wissen die Betroffenen gar nicht, dass sie illegal, also ohne Aufenthaltstitel, in Deutschland leben. Schließlich gehören aber auch diejenigen dazu, die sich bewusst ent-

schließen, nach Ablauf ihres Aufenthaltstitels „unterzutauchen“ und illegal in Deutschland zu bleiben.

So unterschiedlich die Gründe für die Illegalität sind, so unterschiedlich scheint auch die Lebenswirklichkeit von illegal in Deutschland lebenden Migrantinnen und Migranten zu sein. So gibt es Menschen, die bereits seit mehr als zehn Jahren illegal in Deutschland leben.<sup>84</sup> Viele der illegalen Migrantinnen und Migranten leben aber nur vorübergehend in Deutschland oder pendeln regelmäßig zwischen ihren Herkunftsstaaten und Deutschland.

Illegal hier lebende Migrantinnen und Migranten sind überwiegend erheblich jünger als der Bevölkerungsdurchschnitt. Überwiegend handelt es sich um Frauen und Männer zwischen 20 und 40 Jahren, die sich ohne ihre Familien in Deutschland aufhalten. Einige haben aber auch ihre Familien nachgeholt oder haben Kinder, die hier geboren wurden. Wie hoch die Zahl der Kinder von illegalen Ausländerinnen und Ausländern ist, ist unklar. So wird für München geschätzt, dass mehrere hundert Kinder ohne Aufenthaltsstatus dort leben,<sup>85</sup> in Freiburg schätzte eine Beratungsstelle, dass auf acht statuslose Erwachsene ein Kind kommt.<sup>86</sup>

Die meisten der illegal in Deutschland lebenden Migrantinnen und Migranten arbeiten im Baugewerbe, als Putzhilfen, in der Kinderbetreuung, in der Pflege oder in der Sexindustrie.<sup>87</sup> Ein Teil der Migrantinnen und Migranten arbeitet auch in so genannten ethnischen Ökonomien, das heißt bei anderen Migrantinnen und Migranten aus dem gleichen Herkunftsstaat.<sup>88</sup> Insbesondere im Baugewerbe sind sie häufigen Kontrollen der Finanzbehörden zur Bekämpfung der Schwarzarbeit ausgesetzt. Anders ist es dagegen bei der Tätigkeit in Privathaushalten. Hier finden Kontrollen so gut wie nicht statt.

Illegale Migrantinnen und Migranten können regelmäßig keine staatlichen Leistungen zur Wahrung ihrer sozialen Rechte wahrnehmen. Dies liegt daran, dass die Sozialbehörden eng mit den Ausländerbehörden zusammenarbeiten und Daten über den Aufenthaltsstatus austauschen. Jede Inanspruchnahme einer Sozial-

<sup>81</sup> Bade (2002), S. 33, Cyrus (2004), S. 4.

<sup>82</sup> GTZ (2005), S.11f.

<sup>83</sup> Cyrus (2004), S. 23.

<sup>84</sup> Siehe Alt (2005), S. 85, der von einem türkischen Mann, der seit 21 Jahren illegal in Berlin lebte, berichtete.

<sup>85</sup> Anderson (2003), S. 15.

<sup>86</sup> Cyrus (2004), S. 27.

<sup>87</sup> Schönwälder u.a. (2004), S. 53ff.

<sup>88</sup> Siehe Cyrus (2004), S. 22.

leistung würde also bedeuten, dass der Ausländerbehörde der Aufenthalt bekannt würde und die Person ausgewiesen beziehungsweise abgeschoben werden würde. Besonders problematisch ist dies im Bereich der Gesundheitsversorgung und der schulischen Bildung der Kinder von statuslosen Ausländerinnen und Ausländern.

Problematisch ist auch, dass illegale Migrantinnen und Migranten nicht mit staatlichem Schutz rechnen können, wenn sie in ihrer Arbeit ausgebeutet werden. Zwar können sie ihren Lohn und angemessene Arbeitsbedingungen vor Arbeitsgerichten einklagen, aber auch hier müssen sie damit rechnen, dass die Ausländerbehörde von ihrem Aufenthalt erfährt.

Nach diesem Überblick über verschiedene Aspekte der Migration und der Situation in Deutschland wird im nächsten Kapitel die UN-Wanderarbeitnehmerkonvention näher vorgestellt. Kapitel 3 gibt dann einen Überblick

darüber, welche internationalen Konventionen, die von Deutschland ratifiziert wurden, bereits heute die Rechte von Migrantinnen und Migranten schützen. Berücksichtigt werden UN-, ILO- und Europaratsabkommen. In Kapitel 4 wird anhand der Rechte in der Arbeit, des Rechts auf Gesundheit und des Rechts auf Bildung dargestellt, wo in Deutschland aus menschenrechtlicher Sicht problematische Lücken im Schutz der Rechte von Migrantinnen und Migranten bestehen. Dabei wird insbesondere auf die Situation von illegal in Deutschland lebenden Migrantinnen und Migranten eingegangen. Kapitel 5 setzt sich mit den Vorbehalten der Bundesregierung gegen eine Ratifizierung der UN-Wanderarbeitnehmerkonvention auseinander. Im letzten Kapitel werden schließlich Empfehlungen an die Politik und Zivilgesellschaft ausgesprochen, die dazu beitragen könnten, die Rechte von Migrantinnen und Migranten zu stärken.

## 2

# Einführung in die UN-Wanderarbeitnehmerkonvention

## I. Entstehungsgeschichte

Die Anfänge der Wanderarbeitnehmerkonvention gehen in die 1970er Jahre zurück. Massenausweisungen in einigen Staaten führten international zu der Diskussion, wie Migrantinnen und Migranten besser geschützt werden könnten.<sup>89</sup> In der UN wurde deswegen die Situation von Migrantinnen und Migranten näher beleuchtet. Die Unterkommission der Menschenrechtskommission zur Verhütung von Diskriminierung und für Minderheitenschutz setzte 1974 eine Sonderberichterstatlerin ein, die im Jahr 1977 ihre Studie über das Problem der Anwendbarkeit der bestehenden internationalen Bestimmungen für den Schutz der Menschenrechte von Personen vorlegte, die nicht Staatsbürger des Landes sind, in dem sie leben.<sup>90</sup> Darin kam sie zu dem Schluss, dass kein internationales Instrument existierte, das direkt auf den Schutz der Menschenrechte von Ausländerinnen und Ausländern gerichtet war. Darüber hinaus führte sie aus, dass die bestehenden Instrumente unklar seien und zu viele Einschränkungsmöglichkeiten enthielten. Deshalb schlug sie die Annahme einer eigenen Erklärung über die Menschenrechte von Personen vor, die nicht Staatsangehörige des Staates sind, in dem sie leben. Ihr Entwurf für eine solche Erklärung wurde Grundlage der weiteren Arbeit innerhalb der UN.<sup>91</sup>

Auch in der Generalversammlung wurde seit Mitte der 1970er Jahre thematisiert, wie Migrantinnen und Migranten besser geschützt werden könnten. So forderte die Generalversammlung in einer Resolution aus dem Jahr 1976 alle Staaten auf, Wanderarbeiterinnen und Wan-

derarbeiter ihren Staatsangehörigen gleich zu behandeln, soweit es den Menschenrechtsschutz und die nationalen Regelungen des Arbeitsschutzes und der sozialen Sicherung betraf. Weiter sollten die Staaten Maßnahmen ergreifen, um alle Migrantinnen und Migranten, unabhängig von ihrem rechtlichen Aufenthaltstitel, in ihren fundamentalen Menschenrechten zu schützen. Zudem forderte die Generalversammlung die Staaten auf, das ILO-Übereinkommen über Missbräuche bei Wanderungen und die Förderung der Chancengleichheit und der Gleichbehandlung der Wanderarbeitnehmer von 1975 (ILO-Übereinkommen Nr. 143) zu ratifizieren, das sich erstmals auch mit der Situation von irregulären Migrantinnen und Migranten befasste.<sup>92</sup>

Im Jahr 1977 wiederholte die Generalversammlung in einer ähnlich lautenden Resolution die Notwendigkeit, Migrantinnen und Migranten zu schützen. Diese Resolution umfasste jedoch nur solche Personen mit einem regulären Aufenthaltsstatus.<sup>93</sup> Bereits im darauf folgenden Jahr forderte die Generalversammlung den Generalsekretär auf, gemeinsam mit den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eines internationalen Übereinkommens über die Rechte von Wanderarbeitern zu erörtern. Schon hier wurde die Zurückhaltung der Bundesrepublik Deutschland gegenüber einer solchen Konvention deutlich. Bei der Abstimmung in der Generalversammlung enthielt sie sich.<sup>94</sup>

Im Jahr 1979 schließlich folgte die Generalversammlung der Empfehlung des Economic and Social Council (ECOSOC), gemeinsam mit den einschlägigen Organisationen eine Wanderarbeitnehmerkonvention zu er-

<sup>89</sup> Auch in anderen internationalen Gremien wurde die Frage, wie Wanderarbeitnehmerinnen und Wanderarbeitnehmer besser geschützt werden könnten, diskutiert: In der ILO wurde deswegen das Übereinkommen über Missbräuche bei Wanderungen und die Förderung der Chancengleichheit und der Gleichbehandlung der Wanderarbeitnehmer von 1975 (Konvention Nr. 143) angenommen. Der Europarat entwickelte in den 1970er Jahren das Europäische Übereinkommen über den rechtlichen Status von Wanderarbeitern.

<sup>90</sup> Die Berichterstatlerin war die Britin Baronin Elles, Mitglied der Unterkommission.

<sup>91</sup> UN Doc. E/CN.4/Sub.2/392/Rev. 1 (1980). Siehe dazu auch: Hildern (1990), S. 49.

<sup>92</sup> GA Res. 31/127, in U.N. Yearbook 1976, S. 607.

<sup>93</sup> GA Res. 32/120, U.N. Yearbook 1977, S. 727.

<sup>94</sup> GA Res. 33/163, U.N. Yearbook 1978, GA Res. 33/163.

arbeiten. Deutschland enthielt sich sowohl im ECOSOC als auch in der Generalversammlung bei der Abstimmung über die Erarbeitung einer Wanderarbeitnehmerkonvention.<sup>95</sup> Im Jahr 1980 wurde von der Generalversammlung dann eine Arbeitsgruppe eingesetzt, die mit den Arbeiten zum Entwurf einer Wanderarbeitnehmerkonvention begann.<sup>96</sup> Anlässlich der Debatte zu dieser Resolution unterstrichen die USA und Neuseeland, unterstützt von den Niederlanden, dass sie keine Notwendigkeit für eine spezielle Konvention zum Schutze von Wanderarbeitnehmerinnen und Wanderarbeitnehmern und ihren Familien sähen. Wenn aber Bedarf für eine solche Konvention bestünde, so die USA, dann sei die ILO das richtige Forum für eine solche Konvention, nicht aber die UN.<sup>97</sup> Diese Auffassung entsprach einer weit verbreiteten Ansicht der Industriestaaten. Die Mehrheit der in der Generalversammlung versammelten Staaten bejahte hingegen die Notwendigkeit, trotz der bereits existierenden Standards und Übereinkommen die Rechte der Wanderarbeiter zu stärken und zusammenzufassen. Damit setzten sich die so genannten Entwicklungsländer gegenüber den Industriestaaten durch.

Die von der Generalversammlung eingesetzte Arbeitsgruppe war insgesamt zehn Jahre tätig. Deutschland wiederholte während dieser Zeit immer wieder seine Vorbehalte gegenüber einer Menschenrechtskonvention, die alle Migrantinnen und Migranten berücksichtigen sollte.<sup>98</sup> Die Bundesrepublik hatte die Befürchtung, dass eine solche Konvention den Anreiz für Migrantinnen und Migranten erhöhen würde, irregulär einzureisen. Gemeinsam mit den USA, Australien und Neuseeland sprach sie sich dafür aus, den Geltungsumfang der Wanderarbeitnehmerkonvention auf legal im Land lebende Migrantinnen und Migranten zu beschränken. Diese Kritik hielt Deutschland aber nicht davon ab, an den Verhandlungen der Arbeitsgruppe teilzunehmen.

1990 nahm die Generalversammlung schließlich die Wanderarbeitnehmerkonvention an und empfahl allen Staaten, sie zu ratifizieren. Entgegen dieser Empfehlung unterzeichneten nur sehr wenige Staaten die Konven-

tion. Erst nachdem seit 1999 eine groß angelegte Ratifizierungskampagne zugunsten der Wanderarbeitnehmerkonvention durchgeführt wurde, organisiert von internationalen Organisationen, wie den UN, der International Organisation for Migration IOM und Nichtregierungsorganisationen<sup>99</sup>, kamen bis 2003 die 20 Ratifizierungen, die für das Inkrafttreten der Wanderarbeitnehmerkonvention notwendig waren, zusammen. Bis zum Juli 2006 ist die Konvention von 34 Staaten ratifiziert worden.<sup>100</sup>

## II. Anwendungsbereich der Wanderarbeitnehmerkonvention

Die Wanderarbeitnehmerkonvention gliedert sich insgesamt in neun Teile. Während zunächst in Teil 1 die in der Konvention verwendeten Begriffe definiert werden (Art. 1-6), enthalten Teil 2 bis 4 substantielle Rechte von Wanderarbeitnehmerinnen und Wanderarbeitnehmern und ihren Familien (Art. 7-56). In Teil 5 erläutert die Konvention, welche dieser Rechte nur auf bestimmte Gruppen anwendbar sind (Art. 57-63).

Die letzten Abschnitte der Konvention beschäftigen sich schließlich mit den Verpflichtungen der Staaten zur internationalen Kooperation (Art. 64-71), mit der Überwachung der Konvention (Art. 72-78) und mit den allgemeinen Vertragsgrundsätzen (Art. 79-93).

### 1. Personaler Geltungsbereich

Art. 2 definiert den Kreis der durch die Konvention geschützten Personen. „Wanderarbeitnehmer“ ist gemäß Art. 2 Abs. 1 jede Person, die in einem Staat, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht hat, eine Tätigkeit gegen Entgelt ausüben wird, ausübt oder ausgeübt hat. Dabei ist der Begriff „Wanderarbeitnehmer“ in zweierlei Hinsicht irreführend; zum einen werden durch die Konvention nicht nur angestellte Arbeitnehmer und Arbeit-

<sup>95</sup> ECOSOC, Res. 1979/13, GA Res. 34/172, beides in U.N. Yearbook 1979, S. 874ff.

<sup>96</sup> S. Hildern (1990), S. 47 zu der Arbeitsgruppe.

<sup>97</sup> U.N. Yearbook 1980, S. 858. Böhning (1991), S. 699, hebt hervor, dass die Industriestaaten dieser Auffassung folgten. Sie hielten es für sinnvoller, die ILO mit den Problemen der Wanderarbeiter zu befassen und insbesondere das Übereinkommen Nr. 143 weiterzuentwickeln. Die Entwicklungsländer waren dagegen mit dem Ansatz des Übereinkommens Nr. 143 zur Begrenzung der illegalen Migration nicht einverstanden. Außerdem hielten sie die tripartite Struktur der ILO (in der neben Staatenvertretern auch Arbeitnehmer- und Arbeitgebervertreter vertreten sind) für nicht geeignet, um ihre Interessen durchzusetzen.

<sup>98</sup> So etwa 1983, siehe U.N. Yearbook 1983, S. 805f.

<sup>99</sup> Global Campaign for the Ratification of the 1990 United Nations Convention on the Protection of the Rights of all Migrant Workers and Members of Their Families.

<sup>100</sup> Stand: 31.08.2006.

nehmerinnen geschützt, sondern auch Selbständige. Zum anderen ist auch eine Person geschützt, die nie migriert ist, sondern immer in einem Staat gelebt hat, aber nicht die Staatsangehörigkeit dieses Staates besitzt.

Über diese allgemeine Definition des Wanderarbeitnehmers hinaus bestimmt die Konvention in Art. 2 Abs. 2 spezifische Gruppen von Migrantinnen und Migranten, die auch in den Schutzbereich der Konvention fallen. Dazu gehören u.a.:

- Grenzgängerinnen und Grenzgänger: das sind Personen, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Nachbarstaat zu ihrem Beschäftigungsstaat haben und mindestens einmal wöchentlich in den Nachbarstaat zurückkehren.<sup>101</sup>
- Saisonarbeitnehmerinnen und –arbeitnehmer: das sind Personen, deren Arbeit von den saisonalen Bedingungen abhängt. Als Beispiel dafür seien Erntehelferinnen genannt.<sup>102</sup>
- Seeleute: das sind Personen, die an Bord eines Schiffes arbeiten, das nicht im Herkunftsstaat des Seemanns registriert ist.
- So genannte „reisende Arbeitnehmer“: das sind Personen, die für kurze Zeit in einen anderen als ihren Aufenthaltsstaat reisen müssen.<sup>103</sup>
- So genannte „projektgebundene Arbeitnehmer“: das sind Personen, die für ihren Arbeitgeber in einem anderen als ihren Aufenthaltsstaat ein Projekt durchführen. Besonders genannt werden dabei Arbeitnehmer, die besonders spezialisiert sind und aufgrund dessen von ihrem Arbeitgeber für eine befristete Dauer in einen Beschäftigungsstaat gesandt werden.<sup>104</sup>
- Selbständige, die durch ihre Tätigkeit ihren Lebensunterhalt bestreiten.

Neben dem Wanderarbeitnehmer oder der Wanderarbeitnehmerin werden auch die Familienangehörigen geschützt. Dazu gehören gemäß Art. 4 Ehegatten sowie unterhaltsberechtigte Kinder. Der Familienbegriff kann bilateral auf weitere unterhaltsberechtigte Personen erweitert werden.

Auf folgende Personen ist die Wanderarbeitnehmerkonvention gemäß Art. 3 dagegen nicht anwendbar:

- Personen, die von internationalen Organisationen und Behörden entsandt oder beschäftigt sind. Das sind zum Beispiel Personen, die in Deutschland für eine internationale intergouvernementale Organisation, wie die UN oder UNHCR oder ILO arbeiten. So sind Angehörige der UN und ihrer Unterorganisationen durch Art. 105 der UN-Charta und insbesondere das Übereinkommen über die Vorrechte und Immunitäten der Vereinten Nationen geschützt.<sup>105</sup>
- Personen, die von einem Staat außerhalb seines Hoheitsgebietes zur Wahrnehmung offizieller Aufgaben entsandt oder beschäftigt sind, wenn deren Zulassung und Status im allgemeinen Völkerrecht oder in besonderen völkerrechtlichen Vereinbarungen geregelt sind. Das sind zum Beispiel alle Personen, die an einer ausländischen Botschaft arbeiten und besondere Immunität genießen. Diese Personen sind international von der Wiener Diplomatenrechtskonvention geschützt.<sup>106</sup> Nicht dazu gehören aber die Hausangestellten von Botschaftsangehörigen, auf die sich der Geltungsbereich der Wanderarbeitnehmerkonvention erstreckt.<sup>107</sup>
- Personen, die in Entwicklungshilfeprogrammen oder sonstigen Programmen der Zusammenarbeit mitwirken und die dafür von ihrem Staat entsandt sind, wenn deren Zulassung und Status in einem Abkommen mit dem Beschäftigungsstaat geregelt ist.

<sup>101</sup> In Deutschland erhalten diese Personen eine Grenzgängerkarte gemäß § 12 der Aufenthaltsverordnung (AufenthV), die gemäß § 37 BeschV der Zustimmung der Arbeitsagentur bedarf.

<sup>102</sup> In Deutschland erhalten diese Personen eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 18 AufenthG, die gemäß § 18 BeschV der Zustimmung der Arbeitsagentur bedarf.

<sup>103</sup> In Deutschland erhalten diese Personen in der Regel ein Visum, das nicht immer der Zustimmung der Arbeitsagentur bedarf. § 16 BeschV regelt die Einzelheiten.

<sup>104</sup> Diese Personen erhalten in Deutschland eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 18 AufenthG, die gemäß § 36 BeschV der Zustimmung der Bundesagentur bedarf, wenn sie für länger als drei Monate nach Deutschland entsandt werden.

<sup>105</sup> Übereinkommen über die Vorrechte und Immunitäten der Vereinten Nationen vom 13.02.1946, BGBl. 1980 II S. 941. Darüber hinaus schließen internationale Organisationen mit den Staaten, in denen sie ihren Sitz haben, so genannte Sitzstaatsabkommen ab, in denen die Rechte der Angehörigen der internationalen Organisationen geregelt sind.

<sup>106</sup> Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen vom 18.04.1961, BGBl. 1964 II S. 959.

<sup>107</sup> Die Wiener Diplomatenrechtskonvention befasst sich in Art. 37 Abs. 4 mit privaten Hausangestellten. Diese genießen Befreiung von Steuern und sonstigen Abgaben auf die Bezüge, die sie auf Grund ihres Arbeitsverhältnisses erhalten. Im Übrigen stehen ihnen Vorrechte und Immunitäten nur in dem vom Empfangsstaat zugelassenen Umfang zu. In Deutschland erhalten Hausangestellte von ausländischen Missionen keinen Aufenthaltstitel, sondern einen Protokollausweis des Auswärtigen Amtes. Dabei unterscheidet das Auswärtige Amt zwischen „ständig ansässigen“ und nur vorübergehend in Deutschland lebenden Personen.

- Personen, die sich in einem anderen Staat als ihrem Herkunftsstaat als Kapitalanleger niederlassen.
- Flüchtlinge oder Staatenlose, es sei denn die innerstaatlichen Bestimmungen des Vertragsstaates oder die für diesen Staat geltenden internationalen Instrumente bestimmen etwas anderes. Das bedeutet, dass für Asylbewerber und Personen, die als Flüchtlinge im Sinne des § 60 Abs. 1 AufenthG oder als Asylberechtigte anerkannt sind, nicht die Wanderarbeitnehmerkonvention gilt. Ihre Rechte sind international in der GFK geregelt. Staatenlose sind international durch das Übereinkommen über die Rechtsstellung der Staatenlosen<sup>108</sup> geschützt, das die Gleichstellung mit anderen Ausländerinnen und Ausländern vorsieht.<sup>109</sup>
- Studierende und Auszubildende.

## 2. Zeitlicher Geltungsbereich

Gemäß Art. 1 soll die Konvention für alle Wanderarbeiterinnen und Wanderarbeiter und ihre Familienangehörigen während des gesamten Migrationsprozesses gelten. Dazu gehören sowohl die Vorbereitung der Ausreise als auch die Rückkehr in den Herkunftsstaat. Der Schutz der Wanderarbeitnehmerkonvention erstreckt sich mit anderen Worten auch schon auf den Zeitraum vor der tatsächlichen Migration und umfasst auch die Zeit nach der Rückkehr in den Herkunftsstaat. So gibt die Konvention den geschützten Personen bereits vor der Ausreise ein Recht auf Information gegenüber dem zukünftigen Beschäftigungsstaat, über die Zulassung im Beschäftigungsstaat und die Voraussetzungen für die Arbeitsaufnahme.<sup>110</sup>

Nach Beendigung der Tätigkeit und Rückkehr in den Heimatstaat sollen die Vertragsstaaten die Wanderarbeitnehmerinnen und Wanderarbeitnehmer von Einfuhr- und Ausfuhrzöllen und -abgaben für ihre persönliche Habe und ihr Haushaltsgut befreien.<sup>111</sup>

## 3. Anwendbarkeit in Deutschland

Wegen der weiten Definition des Begriffs „Wanderarbeitnehmer“ könnten sich im Falle einer Ratifikation durch Deutschland fast alle der laut Ausländerzentralregister 6.717.115 ausländischen Staatsangehörigen<sup>112</sup> – ausgenommen die zirka 448.000 hier lebenden Flüchtlinge und Asylbewerber<sup>113</sup> – und Personen ohne Aufenthaltstitel, die in Deutschland leben, auf die Rechte aus der Wanderarbeitnehmerkonvention berufen. Darüber hinaus würden auch all diejenigen Personen geschützt sein, die als Grenzgänger, Selbständige, Saisonarbeitnehmer oder sonst nur vorübergehend in Deutschland arbeiten.<sup>114</sup>

Schließlich würde die Ratifikation der Konvention aber auch einen verbesserten Schutz der im Ausland arbeitenden deutschen Staatsangehörigen bedeuten. Denn durch die Wanderarbeitnehmerkonvention würden für Deutschland als Entsendestaat von Wanderarbeitnehmerinnen und Wanderarbeitnehmern Verpflichtungen entstehen.

Nicht umfasst sind vom Schutz der Wanderarbeitnehmerkonvention allerdings Asylsuchende, Asylberechtigte und Personen, die als Flüchtlinge im Sinne des § 60 Abs. 1 AufenthG anerkannt wurden. Sie sind durch die GFK auch in ihren sozialen Rechten geschützt.

### a) Personen mit Duldung

UNHCR und Flüchtlingsorganisationen bemängeln immer wieder, dass in Deutschland nicht alle Personen, denen Schutz nach der GFK gebührt, diesen auch erhalten. Statt einer Aufenthaltserlaubnis wird ihnen lediglich eine Duldung erteilt.<sup>115</sup> Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob bei einer Ratifikation dieser Personenkreis in den Schutzbereich der Wanderarbeitnehmerkonvention fallen würde.

<sup>108</sup> Übereinkommen über die Rechtsstellung der Staatenlosen vom 28.09.1954, BGBl. 1976 II, S. 473.

<sup>109</sup> In Deutschland sind sie durch das Gesetz über die Rechtsstellung heimatloser Ausländer (Heimat/AuslG) geschützt.

<sup>110</sup> Art. 37 der Konvention.

<sup>111</sup> Art. 46 d) der Konvention.

<sup>112</sup> Migrationsbericht (2005), S. 116.

<sup>113</sup> Bericht der Beauftragten der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration (2005), S. 600.

<sup>114</sup> Laut dem Migrationsbericht von 2005 kamen im Jahr 2005 zirka 21.000 Ausländerinnen und Ausländer aus Nicht-EU-Staaten oder aus den neuen EU-Staaten als Werkvertragsnehmende nach Deutschland, 330.000 Menschen aus Nicht-EU-Staaten oder aus den neuen EU-Staaten arbeiteten als Saisonarbeitnehmende für höchstens acht Monate im Jahr in Deutschland (vgl. § 4 Abs. 1 ASAV). Im Jahr 2003 gab es aus Osteuropa zirka 7.000 Grenzgängerinnen und Grenzgänger.

<sup>115</sup> Dies traf bis zum Inkrafttreten des Zuwanderungsgesetzes insbesondere auf die Personen zu, die nichtstaatlicher oder quastaatlicher Verfolgung in ihrem Herkunftsstaat ausgesetzt waren.



Wie vielen der Personen, die mit einer Duldung in Deutschland leben, eigentlich Schutz nach der GFK gebührt, ist nicht bekannt. Das resultiert daraus, dass die Duldungsgründe nicht einzeln von den Ausländerbehörden ausgewiesen werden. Zudem lassen sich nicht immer die einzelnen Gruppen der Geduldeten klar von einander abgrenzen. Auch wenn einigen der geduldeten Personen eigentlich der Schutz der GFK gebührt, so würden im Falle einer Ratifikation doch alle Geduldeten in den Schutzbereich der Wanderarbeitnehmerkonvention fallen. Nur so würde sichergestellt werden, dass diese Personen umfassend geschützt würden, auch wenn Deutschland einigen geduldeten Personen ihre Rechte aus der GFK verwehrt. Unabhängig davon steht Deutschland nach wie vor in der Pflicht, diejenigen Geduldeten, die Flüchtlinge im Sinne der GFK sind, innerstaatlich die ihnen zustehenden Rechte zu gewähren.

halten ist und zu Recht von der Wanderarbeitnehmerkonvention nicht nachvollzogen wird.

Heute wird für alle Menschenrechte zwischen drei verschiedenen Pflichten der Staaten unterschieden: Der Achtungspflicht, der Schutzpflicht und der Gewährleistungspflicht.<sup>117</sup> Dabei beinhaltet die Achtungspflicht, dass der Staat alles unterlassen muss, das den Einzelnen in der Wahrnehmung seiner Rechte beschränkt. Die Schutzpflicht verlangt vom Staat, den einzelnen vor Eingriffe in sein Recht durch Dritte zu schützen. Die Gewährleistungspflicht schließlich fordert vom Staat, die Wahrnehmung und Erfüllung der Menschenrechte insbesondere durch legislative und exekutive Maßnahmen zu fördern, und vor allem Maßnahmen zu ergreifen, um marginalisierte Gruppen in der Wahrnehmung ihrer Rechte zu stärken.<sup>118</sup>

### III. Geschützte Rechte

#### 1. Unteilbarkeit der Menschenrechte

Wie in anderen jüngeren internationalen Menschenrechtsverträgen unterscheidet die Wanderarbeitnehmerkonvention nicht zwischen bürgerlichen und politischen Rechten einerseits und wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten andererseits. Vielmehr sind diese Rechte gleichberechtigt in der Konvention verbürgt. Damit unterstreicht auch die Wanderarbeitnehmerkonvention die Unteilbarkeit aller Menschenrechte. Da zum Teil noch heute vertreten wird, dass wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte eher Staatszielbestimmungen als Rechte seien, weil sie zu unbestimmt in ihrem Schutzbereich seien, ein positives Handeln des Staates verlangten und deswegen nicht justiziabel seien,<sup>116</sup> wird im Folgenden kurz auf die allgemeinen Pflichten der Staaten bezüglich aller Menschenrechte eingegangen. Anhand dessen wird deutlich, dass die künstliche Trennung zwischen zivilen und politischen Rechten einerseits und wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten andererseits nicht aufrecht zu er-

Diese Pflichtentrias unterstreicht, dass die Staaten bei allen Rechten sowohl Unterlassungs- als auch Handlungspflichten haben. Anhand des Rechts auf freie Wahlen wird dies deutlich: Nicht nur hat hier der Staat die Achtungspflicht, in dem er niemanden daran hindern darf, von seinem Wahlrecht Gebrauch zu machen. Darüber hinaus hat er auch eine Gewährleistungspflicht, die Infrastruktur zur Durchführung von freien Wahlen bereitzustellen. Das ist eine Handlungspflicht.

Schließlich hat ein Staat die Pflicht, das Diskriminierungsverbot bei der Gewährleistung aller Menschenrechte zu achten. Dies ist ein wichtiger Aspekt zur Konkretisierung des Schutzgehaltes von allen Menschenrechten. In Art. 7 der Wanderarbeitnehmerkonvention wird die Pflicht der Vertragsstaaten zur Nichtdiskriminierung bei der Gewährung aller verbürgten Rechte unterstrichen. Danach dürfen keine Unterschiede bei der Gewährung der Rechte wegen des Geschlechts, der „Rasse“, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Überzeugung, der nationalen, ethnischen oder sozialen Herkunft, der Staatsangehörigkeit, des Alters, der wirtschaftlichen Verhältnisse, des Vermögens, des Familienstandes, der Geburt oder des sonstigen Standes gemacht werden.

<sup>116</sup> In Deutschland ist diese Diskussion zuletzt Anfang der 1990er Jahre geführt worden, als die ostdeutschen Bundesländer in ihre Verfassung auch soziale Rechte aufgenommen haben. Zum Beispiel Kutscha (1993), S. 314.

<sup>117</sup> Zunächst ist diese so genannte Pflichtentrias für die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte entwickelt worden, zum Beispiel Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights, Maastricht, January 22-26, 1997. Der Menschenrechtsausschuss hat sich in seinen neueren allgemeinen Bemerkungen diese Einteilung der Staatenpflichten zu eigen gemacht, zum Beispiel allgemeine Bemerkung Nr. 31 vom 26.05.2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, in dem der Menschenrechtsausschuss die negativen und positiven Pflichten der Staaten unterstreicht.

<sup>118</sup> Maastricht Guidelines, Abs. 6.



## 2. Rechte aller Migrantinnen und Migranten – Teil 3 der Konvention

Teil 3 regelt die Rechte aller Migrantinnen und Migranten, unabhängig davon, ob sie mit oder ohne Aufenthaltsstatus in einem Land leben. Gegen das Votum einiger Staaten, darunter Deutschland, sollte damit unterstrichen werden, dass die Menschenrechte universell und deswegen auch für Menschen gelten, die ohne Aufenthaltsstatus in einem Land leben. In der Präambel haben die Staaten darüber hinaus einen weiteren Erwägungsgrund genannt. Danach wird einer „Beschäftigung von Wanderarbeitnehmern, deren Status nicht geregelt ist, auch dadurch entgegengewirkt (...), dass die grundlegenden Menschenrechte aller Wanderarbeitnehmer eine weitergehende Anerkennung finden (...)“

### a) Zivile und bürgerliche Rechte

Bei den grundlegenden Menschenrechten, die für alle Migrantinnen und Migranten gelten, handelt es sich insbesondere um eine Bekräftigung der Rechte, die bereits im Zivilpakt enthalten sind.<sup>119</sup> Darüber hinaus werden diese Rechte für die spezifische Situation von Migrantinnen und Migranten konkretisiert. So behandelt Art. 16 das Recht auf persönliche Sicherheit und Freiheit und legt dabei unter anderem in Absatz 7 auch fest, dass Migrantinnen und Migranten das Recht zur Kontaktaufnahme mit ihrem Herkunftsstaat haben, wenn sie in Haft sind.<sup>120</sup> Artikel 17 beinhaltet die habeas-corpus-Rechte, das heißt die Rechte, die einer Person bei ihrer Verhaftung zustehen, und legt dabei in Absatz 3 auch fest, dass Personen, die wegen eines Verstoßes gegen ausländerrechtliche Vorschriften in Haft sitzen, soweit möglich getrennt von Strafverurteilten oder Untersuchungshäftlingen unterzubringen sind.<sup>121</sup>

Um eine willkürfreie Behandlung von Migrantinnen und Migranten zu gewährleisten, wird in Art. 20 geregelt, dass die Aufenthalts- oder Arbeitserlaubnis nicht allein deswegen entzogen werden darf, weil der Migrant oder die Migrantin eine Verpflichtung aus dem Arbeitsvertrag nicht erfüllt hat. Außerdem regelt Art. 21, dass nur die gesetzlich dazu befugten Amtspersonen dazu berechtigt sind, Ausweispapiere und Aufenthaltsdokumente einzuziehen oder zu vernichten. Art. 22 regelt den

Schutz vor Ausweisungen. Danach muss u.a. jede Ausweisung einzeln geprüft werden, Migrantinnen und Migranten dürfen nur aufgrund einer gesetzlichen Entscheidung ausgewiesen werden und die Entscheidung ist ihnen in einer ihnen verständlichen Sprache mitzuteilen.

### b) Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte

Bezüglich der wirtschaftlichen und sozialen Rechte ist die Wanderarbeitnehmerkonvention zurückhaltender, soweit sie diese Rechte für alle Migrantinnen und Migranten verbürgt. Sie wiederholt nicht alle Rechte, die im Sozialpakt verankert sind, sondern nennt explizit die Rechte in der Arbeit, das Recht auf Gesundheit, das Recht, Gewerkschaften beizutreten, das Recht auf soziale Sicherheit, das Recht auf Bildung und das Recht auf kulturelle Identität. Auffallend ist, dass das Recht auf angemessenen Lebensstandard, das das Recht auf Wohnen umfasst, und das Recht auf Arbeit nicht genannt werden.<sup>122</sup> Zudem ist insbesondere das Recht auf Gesundheit enger normiert als dies im Sozialpakt der Fall ist. Während im Sozialpakt „das Recht eines jeden auf das für ihn erreichbare Höchstmaß an körperlicher und geistiger Gesundheit“ anerkannt wird, bestimmt die Wanderarbeitnehmerkonvention, dass „Wanderarbeitnehmer und ihre Familienangehörigen (...) das Recht (haben), jede ärztliche Versorgung, die für die Erhaltung ihres Lebens oder die Vermeidung einer nicht wiedergutzumachenden Schädigung ihrer Gesundheit dringend erforderlich ist, auf der Grundlage der Gleichbehandlung mit den Staatsangehörigen des betreffenden Staates zu erhalten.“<sup>123</sup>

Das bedeutet aber nicht, dass Staaten, die sowohl den Sozialpakt, als auch die Wanderarbeitnehmerkonvention ratifiziert haben, zum Beispiel den Schutzzumfang des Rechts auf Gesundheit, wie es im Sozialpakt normiert ist, mit Hinweis auf die Wanderarbeitnehmerkonvention beschränken dürfen. Dies wird auch in Art. 81 der Wanderarbeitnehmerkonvention bekräftigt, der bestimmt, dass keine Bestimmung der Konvention günstigere Rechte oder Freiheiten berührt, die aufgrund eines für den Vertragsstaat geltenden zwei- oder mehrseitigen Vertrages gelten.

<sup>119</sup> Vgl. Art. 6–19 des Zivilpaktes, mit Ausnahme etwa von Art. 12 Abs. 1.

<sup>120</sup> Siehe auch Art. 36 WKRK.

<sup>121</sup> In den Verhandlungen zur Wanderarbeitnehmerkonvention hat Deutschland sich gegen dieses Recht gewehrt.

<sup>122</sup> Diese sind im Sozialpakt in Art. 11 (Recht auf angemessenen Lebensstandard) und Art. 6 (Recht auf Arbeit) geregelt.

<sup>123</sup> Art. 28 der Konvention. Das Recht auf Gesundheit ist im Sozialpakt in Art. 12 normiert.

### c) Informationsrechte

Die Wanderarbeitnehmerkonvention enthält darüber hinaus ausdrückliche Informationsrechte für alle Migrantinnen und Migranten. Damit soll sichergestellt werden, dass die betroffenen Personen über ihre Rechte nach der Konvention und nach den Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten im Herkunfts-, Transit- und Empfangsstaat umfassend informiert sind.<sup>124</sup> All diese Auskünfte sollen kostenlos und in einer für den Migranten oder die Migrantin verständlichen Sprache zur Verfügung gestellt werden.

Das Recht auf Information ist Bestandteil aller Menschenrechte. Nur wenn eine Person ihre Rechte kennt, kann sie sie einfordern und wahrnehmen. In älteren Menschenrechtsübereinkommen, wie dem Zivil- und dem Sozialpakt, sind diese Informationsrechte nicht ausdrücklich benannt, sondern werden vorausgesetzt. Es hat sich aber gezeigt, dass dies nicht ausreicht. Deswegen sind in neueren Menschenrechtsverträgen, wie zum Beispiel in der Kinderrechtskonvention,<sup>125</sup> Informationsrechte ausdrücklich enthalten.

Für Migrantinnen und Migranten spielen Informationsrechte auch deswegen eine wichtige Rolle, weil sie Schutz vor Ausbeutung bieten können. Eine Person, die ihre Rechte im Beschäftigungsstaat kennt, kann nicht aufgrund von falschen Informationen ausgebeutet werden.<sup>126</sup>

### 3. Rechte der regulär in einem Staat lebenden Migrantinnen und Migranten – Teil 4 der Konvention

In Teil 4 der Konvention werden die Rechte der Migrantinnen und Migranten, die sich regulär im Empfangsstaat aufhalten, genannt. Was unter regulärem Aufenthalt zu verstehen ist, definiert Art. 5 der Konvention. Danach ist die Person regulär im Beschäftigungsstaat, die über die erforderlichen Dokumente verfügt oder deren Status geregelt ist, um in den Beschäftigungsstaat einzureisen und sich dort aufzuhalten. Darüber hinaus muss sie auch eine erforderliche Erlaubnis haben, um im Beschäftigungsstaat eine Tätigkeit gegen Entgelt auszuüben. Beides, sowohl die erforderlichen Dokumente für die Einreise und den Aufenthalt als auch die Voraussetzungen für den Erhalt einer Arbeitserlaubnis

richten sich nach dem Recht der Vertragsparteien oder nach internationalen Übereinkünften. Die Wanderarbeitnehmerkonvention selbst definiert weder die Voraussetzungen für die legale Einreise und den legalen Aufenthalt noch für die Erteilung einer Arbeitserlaubnis.

Teil 4 der Konvention regelt insbesondere Teilhaberechte an staatlichen Leistungen. So beinhaltet Artikel 43 unter anderem das Recht der Migrantinnen und Migranten auf Zugang zu Bildungseinrichtungen, Weiterbildungs- und Umschulungsmaßnahmen und zum kulturellen Leben. Diese Rechte werden in Art. 45 weitgehend auf die Familienangehörigen ausgedehnt.

#### a) Rechte im Migrationsprozess

Darüber hinaus werden in diesem Abschnitt Rechte normiert, die den Migrationsprozess erleichtern sollen. Dazu gehören nicht nur umfassende Informationsrechte schon vor Beginn der Migration (Art. 36), sondern auch die Steuerbefreiung für die persönliche Habe und das Haushaltsgut (Art. 46) und die Möglichkeit, internationale Überweisungen möglichst reibungslos vorzunehmen (Art. 47). Auch die politischen Rechte der Migrantinnen und Migranten werden in diesem Teil besonders definiert. So wird das Recht auf Wahlen im Herkunftsstaat und auf Mitwirkung an den öffentlichen Angelegenheiten des Herkunftsstaates unterstrichen (Art. 41). Gleichzeitig wird aber auch der Tatsache Rechnung getragen, dass sich Migrantinnen und Migranten oft jahrelang im Empfängerstaat aufhalten. Deswegen werden die Empfängerstaaten aufgefordert, zu prüfen, in welcher Weise sie am öffentlichen Leben partizipieren können (Art. 42). Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, dass Art. 42 Abs. 3 nicht das Recht auf aktives und passives Wahlrecht einräumt.<sup>127</sup>

#### b) Rechte der Familienangehörigen

Die Konvention enthält kein Recht auf Familienzusammenführung. Im ursprünglichen Entwurf der Konvention war ein solches Recht vorgesehen, ist aber aufgrund des großen Widerstandes einiger Staaten gestrichen worden.<sup>128</sup> Nunmehr enthält lediglich Art. 44 Ausführungen zur Familienzusammenführung. Zunächst unterstreicht er die Bedeutung der Familie allgemein und fordert in Abs. 2 in sehr weicher Form, dass „die Vertragsstaaten [...] die Maßnahmen [ergreifen], die

<sup>124</sup> Siehe insbesondere Art. 33.

<sup>125</sup> Art. 42 der Kinderrechtskonvention.

<sup>126</sup> Das Übereinkommen des Europarates zur Bekämpfung des Menschenhandels vom 16.05.2005 erkennt dies ausdrücklich an, insbesondere in Art. 5 des Übereinkommens.

<sup>127</sup> So aber das Komitee für Grundrechte und Demokratie (2004) in seiner Petition an den Deutschen Bundestag, S. 3, 4. Spiegelstrich.

<sup>128</sup> Siehe OHCHR (2005), S. 2f.

sie für geeignet halten und die in ihre Zuständigkeiten fallen, um die Zusammenführung der Wanderarbeitnehmer mit ihren Ehegatten oder den Personen, mit denen sie Beziehungen unterhalten, die nach den anzuwendenden Rechtsvorschriften der Ehe vergleichbare Wirkung haben, sowie mit ihren minderjährigen unterhaltsberechtigten ledigen Kindern zu erleichtern.“ Damit richtet sich die Konvention sowohl an die Herkunfts- als auch an die Beschäftigungsstaaten. Sie verlangt also nicht notwendig, dass die Beschäftigungsstaaten die Familienzusammenführung erleichtern sollen.

Zu beachten ist, dass alle in Teil 4 der Wanderarbeitnehmerkonvention festgeschriebenen Rechte für Familienangehörige nur für diejenigen Familienangehörigen gelten, die nach den Vorschriften der Beschäftigungsstaaten legal einreisen durften.

Für Deutschland würde das bedeuten, dass diese Regelungen nur Anwendung auf die Familienangehörigen finden, die entweder einen eigenständigen Aufenthaltstitel haben oder aber gemäß §§ 27ff. AufenthG im Rahmen des Familiennachzuges eingereist sind.<sup>129</sup>

#### 4. Anwendbarkeit in Deutschland

Nach der von der Konvention vorgegebenen Definition dessen, wann eine Migrantin oder ein Migrant regulär und wann sie oder er irregulär im Beschäftigungsstaat leben, würden in Deutschland insbesondere folgende Gruppen vom Schutzbereich des Teils 3 der Konvention erfasst werden: Neben den regulär in Deutschland lebenden Migrantinnen und Migranten sind das zum einen alle Personen ohne einen Aufenthaltstitel und ohne eine Duldung, zum anderen aber auch all die Personen, die sich zwar legal in Deutschland aufhalten, aber keine Arbeitserlaubnis besitzen oder nicht die Möglichkeit haben, eine Arbeitserlaubnis zu beantragen. In diese Gruppe fallen insbesondere die Personen, die seit weniger als einem Jahr im Besitz einer Duldung sind. § 10 der BeschVerfV schreibt vor, dass geduldeten Personen erst dann eine Arbeitserlaubnis erteilt werden darf, wenn sie sich bereits mindestens ein Jahr geduldet oder erlaubt in Deutschland aufgehalten haben. Nach der Definition der Konvention würden in Deutschland geduldete Personen, die noch nicht ein Jahr in Deutschland gelebt haben, als irreguläre Migranten gelten. Das gleiche gilt für die Personen, die zwar schon einmal

eine Arbeitserlaubnis besessen haben, diese aber widerrufen oder zurückgenommen wurde oder aber nicht mehr gültig ist. Auch sie zählen nach der Definition der Wanderarbeitnehmerkonvention als irreguläre Migranten.

Diese Unterscheidung gilt nur dann nicht, wenn sie Familienangehörige eines Migranten oder einer Migrantin sind, die im Besitz sowohl eines Aufenthaltstitels als auch einer Arbeitserlaubnis sind. Dann gelten für sie als Familienangehörige auch die Rechte nach Teil 4 der Konvention.

Von den in Teil 4 der Konvention normierten Rechten würden alle Personen profitieren, die mit einer Niederlassungs- oder Aufenthaltserlaubnis oder einer Duldung in Deutschland leben und eine Arbeitserlaubnis besitzen. Im Falle von geduldeten Personen bedeutet das Folgende: Nach Ablauf des ersten Aufenthaltsjahres kann ihnen eine Arbeitserlaubnis erteilt werden. Häufig ist es dabei so, dass sie die Arbeitserlaubnis für eine konkrete Tätigkeit beantragen, die Bundesagentur für Arbeit aber sehr langwierig prüft, ob eine „bevorrechtigte“ Person, das sind Deutsche, EU-Bürger oder Ausländer mit einem besseren Aufenthaltstitel, für die Stelle in Betracht kommt, so dass nach Abschluss der Prüfung die Stelle bereits an andere Bewerber oder Bewerberinnen vergeben ist. Das langwierige Prüfverfahren der Bundesagentur für Arbeit darf aber nicht der geduldeten Person zum Nachteil gereichen, die Zugang, auch wenn nur nachrangig, zum Arbeitsmarkt hat. Sie ist deswegen im Sinne der Konvention als Person zu behandeln, die sich legal und mit einer Arbeitserlaubnis in Deutschland aufhält, und fällt dann unter den Schutz des 4. Teiles der Konvention. Das gilt nur dann nicht, wenn die Arbeitserlaubnis widerrufen wurde.

#### 5. Besondere Gruppen von Migrantinnen und Migranten

Die im Teil 4 der Konvention normierten Rechte werden teilweise auf besondere Gruppen wie Grenzgänger, Saisonarbeitnehmer, reisende Arbeitnehmer und Selbständige ausgedehnt. Dabei schränkt die Konvention die Rechte bei den Grenzgängern, Saisonarbeitnehmern und reisenden Arbeitnehmern dahingehend ein, dass die Rechte nur insoweit Anwendung finden, als sie für den vorübergehenden Aufenthalt dieser Personen angemessen sind.

<sup>129</sup> Das AufenthG schließt bestimmte Gruppen von Ausländern vollständig vom Recht auf Familienzusammenführung aus. Dies gilt gemäß § 29 Abs. 3 S. 2 AufenthG für alle Personen, die eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 4 und 5 AufenthG besitzen. Die Verfassungsmäßigkeit dieser Vorschrift ist angezweifelt worden.

Im Falle von projektgebundenen Arbeitnehmern, von nur für eine bestimmte Beschäftigung zugelassenen Arbeitnehmern und im Falle von Selbständigen schließt die Konvention einige Rechte ausdrücklich aus.<sup>130</sup>

## IV. Pflichten der Vertragsstaaten

### 1. Vorbehalte zur Konvention

Nach der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVRK) darf ein Staat bei der Ratifizierung eines völkerrechtlichen Vertrages Vorbehalte einlegen. Dabei ist ein Vorbehalt als einseitige Erklärung eines Staates definiert, mit der der Staat bezwecken will, die Rechtswirkung einzelner Vertragsbestimmungen in der Anwendung auf diesen Staat auszuschließen oder zu ändern (Art. 2 d) WVRK). Dem sind aber gemäß Art. 19 WVRK Grenzen gesetzt. Unter anderem dürfen dann keine Vorbehalte eingelegt werden, wenn der entsprechende Vertrag dies nicht zulässt, oder wenn der Vorbehalt mit Ziel und Zweck des Vertrages unvereinbar ist.

Die Wanderarbeitnehmerkonvention verbietet gemäß Art. 88 Vorbehalte, mit denen die Anwendung einer ihrer Teile oder aber eine bestimmte Gruppe von Wanderarbeitnehmern von der Anwendung ausgeschlossen werden soll. Als Beispiel darf ein Staat nicht die Anwendung des Teiles 3 der Konvention, der die Rechte aller Migrantinnen und Migranten schützt, ausschließen. Ebenso wenig darf er zum Beispiel Grenzgängerinnen und -gänger vom Schutz ausschließen. Möglich ist aber, dass ein Vertragsstaat Vorbehalte zu bestimmten Artikeln der Konvention, insbesondere deren Auslegung betreffend, einlegt.<sup>131</sup>

### 2. Innerstaatliche Pflichten

Gemäß Art. 83 der Konvention sind die Vertragsstaaten verpflichtet, allen Personen, die eine Verletzung ihrer Rechte aus der Wanderarbeitnehmerkonvention geltend machen, Zugang zu den nationalen Gerichten zu ermöglichen. Damit soll sichergestellt werden, dass

Migrantinnen und Migranten ihre Rechte aus der Konvention auch durchsetzen können. Außerdem sind die Vertragsstaaten gemäß Art. 84 verpflichtet, die in der Wanderarbeitnehmerkonvention enthaltenen Rechte in innerstaatliches Recht umzusetzen.

### 3. Internationale Pflichten

Die Wanderarbeitnehmerkonvention will Migrantinnen und Migranten in allen Phasen der Migration schützen. Deswegen verlangt die Konvention von den Staaten die Wahrnehmung ihrer Pflichten gleichermaßen als Entsende-, Transit- oder Empfängerstaaten. Damit geht einher, dass die Konvention die Vertragsstaaten an verschiedenen Stellen zur Kooperation auffordert. Insbesondere wird dies in Teil 6 der Konvention festgeschrieben, denn dort werden die Vertragsstaaten verpflichtet „vernünftige, gerechte, humane und rechtmäßige Bedingungen“ für die internationale Migration zu schaffen.<sup>132</sup>

So verlangt Art. 61 Abs. 3 von den Vertragsstaaten, dass sie gemeinsam geeignete Maßnahmen ergreifen, damit ein projektgebundener Arbeitnehmer durch das System der sozialen Sicherheit in seinem Herkunftsland auch in der Zeit geschützt ist, in der er in einem anderen Staat arbeitet. Außerdem sollen sie Maßnahmen ergreifen, um die doppelte Beitragszahlung in Sozialversicherungssysteme zu vermeiden.

Ein weiterer Aspekt ist die Teilhabe an den sozialen Sicherungssystemen, wie Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung. Dies wird in Art. 27 geregelt. Anders als die Europäische Sozialcharta beinhaltet Art. 27 keine Verpflichtung der Vertragsstaaten, miteinander Sozialversicherungsabkommen zu schließen. Solche bilateralen Abkommen haben für Migrantinnen und Migranten erhebliche Vorteile. Nicht nur wird die Krankenversicherung des einen Landes im anderen anerkannt, darüber hinaus können Migrantinnen und Migranten auch Rentenanwartschaften, die sie in einem Land erworben haben, im anderen Land anrechnen lassen.<sup>133</sup>

Beispielhaft für eine Verpflichtung, die unterschiedliche Staaten treffen kann, ist auch Art. 29. Danach haben

<sup>130</sup> Die Einzelheiten sind in Art. 61, 62 und 63 der Konvention geregelt.

<sup>131</sup> So hat Mexiko zu Art. 22 Abs. 4 der Konvention einen Vorbehalt eingelegt.

<sup>132</sup> Zum Beispiel Art. 64 (Konsultationen zur Schaffung von gerechten Wanderungsbewegungen), Art. 67 (Rückkehr der Wanderarbeitnehmer in den Heimatstaat), Art. 68 (Bekämpfung der illegalen Migration).

<sup>133</sup> So kann zum Beispiel eine Polin, die ein Jahr sozialversicherungspflichtig in Deutschland gearbeitet hat, dieses Jahr in Polen als Zeit, in der sie rentenversichert war, anrechnen lassen. Es wird für die Rentenberechnung in Polen berücksichtigt. Dagegen profitiert ein indischer Computerexperte, der vier Jahre in Deutschland gearbeitet hat und dabei auch in die deutschen Sozialversicherungssysteme eingezahlt hat, von diesen Zahlungen nicht: weder kann er sich die Leistungen auszahlen, noch in Indien als Rentenanwartschaft anrechnen lassen, da kein Sozialversicherungsabkommen zwischen Indien und Deutschland besteht.

alle Kinder das Recht auf einen Namen, auf Registrierung ihrer Geburt und auf eine Staatsangehörigkeit. Damit schafft Art. 29 zum einen die Verpflichtung des Aufnahmestaates, das Kind zu registrieren. Gleichzeitig wird damit regelmäßig auch die Verpflichtung des Herkunftsstaates der Eltern begründet, dem Kind die Staatsbürgerschaft der Eltern zu verleihen.<sup>134</sup> Ein weiteres Beispiel dafür, dass die Konvention mehr als nur einen Staat verpflichtet, ist Art. 23. In diesem wird der konsularische Schutz für Migrantinnen und Migranten in Bezug auf die Rechte der Konvention postuliert: Während der Aufnahmestaat verpflichtet ist, diesen konsularischen Schutz zu ermöglichen, muss der Herkunftsstaat auf die Einhaltung der Rechte aus der Wanderarbeitnehmerkonvention im Empfängerstaat achten. Selbstverständlich kann diese Verpflichtung, soweit sie auf die Rechte der Wanderarbeitnehmerkonvention beschränkt ist, nur für solche Staaten gelten, die die Wanderarbeitnehmerkonvention ratifiziert haben.<sup>135</sup>

## V. Der Ausschuss zum Schutz der Wanderarbeitnehmer

Die Wanderarbeitnehmerkonvention sieht in Art. 72 die Einsetzung eines Ausschusses zum Schutz der Rechte aller Wanderarbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen vor. Seine Aufgaben sind vergleichbar mit denen der Ausschüsse, die zur Überwachung der anderen UN-Menschenrechtsverträge existieren, wie z.B. der Menschenrechts- oder der Sozialausschuss.

Der durch die Wanderarbeitnehmerkonvention etablierte Ausschuss besteht bei bis zu 40 Vertragsstaaten aus zehn Sachverständigen „von hohem sittlichem Ansehen, Unparteilichkeit und anerkannter Sachkenntnis auf

dem von der Konvention erfassten Gebiet“, die von den Vertragsstaaten gewählt werden.<sup>136</sup>

Aufgabe des Ausschusses ist es, die Berichte der Vertragsstaaten über den Stand der Umsetzung der Wanderarbeitnehmerkonvention zu prüfen und Bemerkungen zu diesen Berichten zu machen. Nach einem Anfangsbericht, der innerhalb eines Jahres nach Ratifikation der Konvention fällig wird, sind die Vertragsstaaten verpflichtet, alle fünf Jahre einen Fortschrittsbericht vorzulegen (Art. 73).

Der Ausschuss hat Richtlinien für die Gliederung der Anfangsberichte der Staaten aufgestellt.<sup>137</sup> Danach soll sich der Bericht in zwei Teile gliedern: einen allgemeinen Informationsteil und einen Teil, der sich mit der Umsetzung der einzelnen Rechte der Konvention befasst.<sup>138</sup>

Bisher haben Mexiko, Mali und Ägypten einen Anfangsbericht vorgelegt.<sup>139</sup>

Die Staatenberichte werden auch dem Generaldirektor des Internationalen Arbeitsamtes übersandt, damit dieses dem Ausschuss mit seiner Expertise bei der Beurteilung der Berichte beistehen kann. Um diese Expertise sicherzustellen, soll der Ausschuss das Internationale Arbeitsamt auffordern, Vertreter in die Sitzungen des Ausschusses zu entsenden, die dort in beratender Eigenschaft teilnehmen.

Der Ausschuss ist ferner dafür zuständig, Individualbeschwerden über Verletzungen der Wanderarbeitnehmerkonvention zu prüfen. Voraussetzung dafür ist, dass ein Vertragsstaat die Zuständigkeit des Ausschusses für Individualbeschwerde gemäß Art. 77 erklärt und mindestens zehn Vertragsstaaten die Individualbeschwerde akzeptiert haben.

<sup>134</sup> Vorausgesetzt, dass diese Staaten das so genannte *ius sanguinis* zur Bestimmung der Staatsbürgerschaft zugrunde legen. Dies ist bei fast allen Staaten der Welt der Fall.

<sup>135</sup> In allen anderen Fällen kann sich der Betroffene auf Art. 36 der Wiener Konsularrechtskonvention berufen, der auch ein Individualrecht auf konsularischen Schutz beinhaltet. Siehe zur Auslegung: IGH, Deutschland v. USA (LaGrande), Urteil vom 27.06.2001.

<sup>136</sup> Die Sachverständigen sind Francisco Alba (Mexiko), José S. Brillantes (Philippinen), Francisco Carrion-Mena (Ecuador), Ana Elizabeth Cubias Medina (El Salvador), Anamaria Dieguez Arévalo (Guatemala), Ahmed Hassan El-Borai (Ägypten), Abdelhamid El Jamri (Marokko), Mehmet Sevim (Türkei), Prasad Kariyawasam (Sri Lanka), Azad Taghizade (Aserbaidschan). Wenn die Konvention von 41 Staaten ratifiziert wird, erhöht sich die Zahl der Sachverständigen auf 14. Die Amtszeit der Sachverständigen beträgt 4 Jahre, sie können wiedergewählt werden.

<sup>137</sup> Die Richtlinien sind abrufbar unter: <http://www.ohchr.org/english/bodies/cmw/index.htm>, Schlagwort „reporting guidelines“.

<sup>138</sup> Dabei soll der allgemeine Teil Auskunft über folgende Aspekte geben: Der rechtliche Rahmen, der die Situation von Migrantinnen und Migranten regelt, Art und Ausmaß der Migration, Bekanntmachung der Konvention und Zusammenarbeit mit der Zivilgesellschaft zur Durchsetzung der Rechte der Konvention.

<sup>139</sup> Der nur 13 Seiten umfassende Bericht von Mali ist sehr allgemein und geht an keiner Stelle auf die konkrete Situation von Migrantinnen und Migranten in Mali oder migrationswilliger Malier und Malierinnen ein. Der Ausschuss hat daraufhin Mali einen umfassenden Fragekatalog vorgelegt. Dagegen ist der Bericht von Mexiko sehr ausführlich und folgt den vorgeschlagenen Berichtsregeln des Ausschusses. So bietet er einen guten Überblick über das Migrationsgeschehen in Mexiko. Dementsprechend umfasst er 104 Seiten.

Zudem ist der Ausschuss für Beschwerden eines Staates über Verletzungen der Konvention durch einen anderen Vertragsstaat zuständig. Voraussetzung für diese Zuständigkeit ist allerdings, dass die betroffenen Staaten diese Zuständigkeit des Ausschusses erklärt haben (Art. 76). Beide Verfahren sind bisher noch von keinem Vertragsstaat ratifiziert worden.

Das Budget des Wanderarbeitnehmerausschusses ist sehr niedrig. Für die Jahre 2004–2005 wurde es auf 171.000 US-Dollar festgesetzt, im Vergleich zum Budget des Sozialausschusses in Höhe von 702.400 US-Dollar und des Menschenrechtsausschusses in Höhe von 1.328.500 US-Dollar.<sup>140</sup> Für die Jahre 2006–2007 wurde das Budget des Ausschusses auf 175.000 US-Dollar erhöht.<sup>141</sup>

## VI. Bewertung

Diese Einführung in die Wanderarbeitnehmerkonvention zeigt Folgendes: Die Konvention ist zum Teil sehr zurückhaltend in der Definition der Rechte von Migrantinnen und Migranten. Dies gilt insbesondere für den Schutzzumfang von wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten aller Migrantinnen und Migranten. Gemäß Art. 81 der Konvention kann diese enge Auslegung einiger Menschenrechte aber nicht dazu führen, dass ein Vertragsstaat, der auch Vertragsstaat eines anderen Menschenrechtsvertrages ist, die dort verbürgten Rechte enger auslegt. Er ist vielmehr verpflichtet, die für Migrantinnen und Migranten günstigeren Bestimmungen, die durch nationale Rechtsvorschriften oder aber durch andere internationalen Verträge verbürgt sind, weiterhin zu garantieren.

In Anbetracht der Tatsache, dass etwa die Hälfte aller Migranten weltweit Frauen sind,<sup>142</sup> fällt auf, dass die Wanderarbeitnehmerkonvention auf die spezifische

Situation von Migrantinnen nicht eingeht: An keiner Stelle behandelt die Konvention die besonderen Bedürfnisse von Migrantinnen. Dass dies möglich ist, zeigt das Übereinkommen des Europarates gegen Menschenhandel, das die Vertragsstaaten zum Beispiel auffordert, gender-mainstreaming anzuwenden.<sup>143</sup>

Positiv hervorzuheben sind die in der Wanderarbeitnehmerkonvention geregelten Informationsrechte. Damit trägt die Konvention der Tatsache Rechnung, dass Migrantinnen und Migranten besonders auf umfassende Informationen angewiesen sind, um vor Ausbeutung geschützt zu werden. Zudem differenziert die Wanderarbeitnehmerkonvention zwischen verschiedenen Arten von Migration und ordnet die anwendbaren Rechte dementsprechend zu. Damit trägt sie der Tatsache Rechnung, dass die Art und Dauer des Aufenthaltes im Beschäftigungsstaat Einfluss darauf hat, wie ein Migrant oder eine Migrantin geschützt werden sollte.

Dennoch äußerte die Bundesrepublik Deutschland von Anfang an Bedenken gegen die Konvention, die sie bis heute aufrechterhält. Ein wesentliches Argument der Bundesregierung gegen die Ratifizierung der Wanderarbeitnehmerkonvention ist, dass sie zu weitgehende Rechte für Migrantinnen und Migranten enthält und damit über die grundlegenden Menschenrechte, wie sie insbesondere im internationalen Pakt über zivile und bürgerliche Rechte und im internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte enthalten sind, hinausgeht.

Das folgende Kapitel beschäftigt sich mit den von Deutschland ratifizierten Menschenrechtsübereinkommen und dem darin enthaltenen Schutz für Migrantinnen und Migranten. Dabei wird sich zeigen, dass die bereits von Deutschland ratifizierten Konventionen zum Teil in ihrem Schutz weiter gehen als die Wanderarbeitnehmerkonvention.

<sup>140</sup> Siehe Proposed Programme Budget For the Biennium 2004–2005, General Assembly fifty-eighth session document A/58/6 (Sect. 24/Human Rights), 10.06.2003.

<sup>141</sup> Siehe Proposed Programme Budget for the Biennium 2005–2006, General Assembly sixtieth session, Document A/60/6 (Sect. 23.), 205.2005.

<sup>142</sup> Siehe GCIM (2005), S. 13.

<sup>143</sup> Siehe Art. 5 Abs. 3 des Übereinkommens.



# 3

## Der völkerrechtliche Schutz von Migrantinnen und Migranten in Deutschland

### I. Der Schutz von Migrantinnen und Migranten durch die UN

Auf universeller Ebene sind insbesondere die sechs großen Menschenrechtsübereinkommen von Bedeutung, die alle von Deutschland ratifiziert wurden:

- der internationale Pakt für bürgerliche und politische Rechte (Zivilpakt)<sup>144</sup>
- der internationale Pakt für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Sozialpakt)<sup>145</sup>
- das internationale Übereinkommen gegen Rassismus (Antirassismuskonvention)<sup>146</sup>
- das Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (Antifolterkonvention)<sup>147</sup>
- das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW)<sup>148</sup>
- das Übereinkommen über die Rechte des Kindes (Kinderrechtskonvention)<sup>149</sup>

Diese Übereinkommen schützen auch die Rechte von Nicht-Staatsangehörigen, soweit sie dies in einzelnen Artikeln nicht ausdrücklich ausschließen. Nur die Rechte, die ihrem Wortlaut nach auf bestimmte Personengruppen beschränkt sind, gelten nicht für alle auf dem Staatsgebiet lebenden Menschen. So sprechen im Zivilpakt beispielsweise Art. 12 Abs. 1, der das Recht auf Freizügigkeit schützt, und Art. 13, der vor Ausweisung schützt, von „jedermann, der sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines Staates aufhält“. Die Anwendung dieser Artikel ist demgemäß auf legal in einem Land

lebende Personen beschränkt. Art. 25 des Zivilpaktes, der das Wahlrecht und die Teilhabe am öffentlichen Leben garantiert, nennt als Berechtigte die Staatsbürger. Kein Migrant und keine Migrantin können sich demnach auf dieses Recht berufen. Art. 2 Abs. 3 des Sozialpaktes lässt schließlich noch eine Ausnahme für Entwicklungsländer zu, denn diese dürfen bezüglich der wirtschaftlichen Rechte Nicht-Staatsangehörige schlechter als ihre eigenen Staatsangehörigen behandeln, wenn es die wirtschaftliche Situation nicht anders erlaubt.

#### 1. Auslegung der Ausschüsse

Im Jahr 2004 hat der UN-Ausschuss zur Bekämpfung des Rassismus in einer allgemeinen Empfehlung über Diskriminierung gegen Nicht-Staatsangehörige noch einmal hervorgehoben, welche Verpflichtungen die Vertragsstaaten gegenüber Nicht-Staatsangehörigen haben:<sup>150</sup> „Artikel 5 der Konvention enthält die Pflichten der Vertragsstaaten, rassistische Diskriminierung bei der Wahrnehmung der zivilen, politischen, wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte zu verbieten und zu beseitigen. Auch wenn einige dieser Rechte, wie das aktive und passive Wahlrecht, auf Staatsbürger beschränkt sein kann, so sollen Menschenrechte im Grundsatz von allen Menschen wahrgenommen werden.“

Die Vertragsstaaten haben die Pflicht, die Gleichheit von Staatsangehörigen und Nicht-Staatsangehörigen in der Wahrnehmung dieser Rechte zu gewährleisten,

<sup>144</sup> BGBl. 1973 II 1553, für Deutschland seit 1976 in Kraft.

<sup>145</sup> BGBl. 1973 II 1569, für Deutschland seit 1976 in Kraft.

<sup>146</sup> BGBl. 1969 II 961, für Deutschland seit 1969 in Kraft.

<sup>147</sup> BGBl. 1990 II 246, für Deutschland seit 1990 in Kraft.

<sup>148</sup> BGBl. 1995 II 648, für Deutschland seit 1995 in Kraft.

<sup>149</sup> BGBl. 1992 II 315, für Deutschland seit 1992 in Kraft.

<sup>150</sup> General Recommendation 30 on Discrimination Against Non-Citizens, HRI/GEN/1/Rev.7/Add.1.

soweit dies vom Völkerrecht anerkannt ist.<sup>151</sup> Der Ausschuss betont insbesondere die Verpflichtung der Staaten, die Ausübung der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte zu gewährleisten. Unter anderem obliegen den Vertragsstaaten folgende Verpflichtungen: „Sie müssen Hindernisse beseitigen, die die Wahrnehmung von wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten durch Nicht-Staatsangehörige hindern, insbesondere auf dem Gebiet der Bildung, des Wohnens, der Arbeit und Gesundheit. Sie müssen sicherstellen, dass öffentliche Bildungseinrichtungen offen für Nicht-Staatsangehörige und Kinder von undokumentierten Einwandererinnen und Einwanderern sind, die auf dem Gebiet des Staates wohnen. Sie müssen anerkennen, dass, auch wenn der Staat Nicht-Staatsangehörigen ohne Arbeitserlaubnis Arbeitsangebote verweigern darf, alle Menschen berechtigt sind, Arbeits- und Beschäftigungsrechte dann wahrzunehmen, wenn ein Arbeitsverhältnis begonnen hat bis zu dem Zeitpunkt, in dem es beendet ist, einschließlich der Vereinigungs- und Versammlungsfreiheit. Sie müssen sicherstellen, dass die Vertragsstaaten das Recht des Nicht-Staatsangehörigen auf einen angemessenen Standard der physischen und geistigen Gesundheit achten, unter anderem dürfen Staaten den Zugang zum präventiven, kurativen und palliativen Gesundheitswesen nicht verweigern oder beschränken.“<sup>152</sup>

Diese Auslegung ist auch von anderen Ausschüssen, die die Einhaltung der Menschenrechtspakte überwachen, unterstrichen worden. So hob der Menschenrechtsausschuss im Jahr 2004 erneut hervor, dass „(w)ie bereits in der Allgemeinen Bemerkung Nr. 15 auf der 27. Sitzung (1986) erwähnt, beschränkt sich der Genuss

der Paktrechte nicht nur auf Staatsbürger und Staatsbürgerinnen, sondern erstreckt sich auf jedermann, unabhängig von Staatsangehörigkeit oder Staatenlosigkeit, wie zum Beispiel Asylsuchende, Flüchtlinge, Migranten oder jede andere Person, die sich auf dem Staatsgebiet oder innerhalb der Staatsgewalt eines Vertragsstaates befindet.“<sup>153</sup> Diese Auslegung bestätigt die Auffassung des Sozialausschusses, die dieser bezüglich des Rechts auf Gesundheit wie folgt gefasst hat: „Insbesondere unterliegen die Staaten der Verpflichtung, das Recht auf Gesundheit zu achten, indem sie es zum Beispiel unterlassen, den gleichberechtigten Zugang zu vorbeugenden, heilenden und lindernden Gesundheitsdiensten für jeden Menschen zu verweigern oder zu beschränken, einschließlich für Gefangene oder Inhaftierte, Minderheiten, Asylsuchende und illegale Immigranten.“<sup>154</sup> Für Deutschland heißt dies, dass alle in den sechs Pakten genannten Rechte auch für Migrantinnen und Migranten gelten, wenn nicht der Wortlaut der Regelungen etwas anderes bestimmt.

Deutschland hat darüber hinaus die Individualbeschwerde für alle Menschenrechtsübereinkommen zugelassen, die ein Individualbeschwerdeverfahren vorsehen: der Zivilpakt, die Antifolterkonvention, die Antirassismuskonvention und CEDAW.<sup>155</sup> Bei Verletzungen ihrer Rechte können sich dementsprechend auch Migrantinnen und Migranten nach Ausschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges direkt an die UN-Ausschüsse, die diese Abkommen überwachen, wenden, wenn die formalen Kriterien erfüllt sind. So sind mindestens vier der in den letzten fünf Jahren behandelten Beschwerden, die sich gegen Deutschland richteten, von Migranten eingelegt worden.<sup>156</sup>

<sup>151</sup> Übersetzung der Autorin. „Article 5 of the Convention incorporates the obligations of States parties to prohibit and eliminate racial discrimination in the enjoyment of civil, political, economic, social and cultural rights. Although some of these rights, such as the right to participate in elections, to vote and to stand for election, may be confined to citizens, human rights are, in principle, to be enjoyed by all persons. States parties are under an obligation to guarantee equality between citizens and non-citizens in the enjoyment of these rights to the extent recognized under international law.“

<sup>152</sup> Übersetzung der Autorin: „remove obstacles that prevent the enjoyment of economic, social and cultural rights by non-citizens, notably in the area of education, housing, employment and health; ensure that public educational institutions are open to non-citizens and children of undocumented immigrants residing in the territory of a State party; recognize that, while States parties may refuse to offer jobs to non-citizens without a work permit, all individuals are entitled to the enjoyment of labour and employment rights, including the freedom of assembly and association, once an employment relationship has been initiated until it is terminated; ensure that States parties respect the right of non-citizens to an adequate standard of physical and mental health, inter alia, refraining from denying or limiting their access to preventive, curative and palliative health service.“

<sup>153</sup> Menschenrechtsausschuss, allg. Bemerkung Nr. 31 zu Art. 2 (2004).

<sup>154</sup> Ausschuss für soziale, wirtschaftliche und kulturelle Rechte, allg. Bemerkung Nr. 14 zu Art. 12.

<sup>155</sup> Siehe zu den einzelnen Individualbeschwerdeverfahren der Konventionen: Deutsches Institut für Menschenrechte (2003).

<sup>156</sup> Eine Beschwerde wurde beim UN-Ausschuss gegen Folter eingelegt, CAT/C/32/D/214/2002: Ein Kurde aus der Türkei machte geltend, dass die drohende Abschiebung in die Türkei ihn in seinen Rechten aus der Antifolterkonvention verletzen würde. Drei Beschwerden wurden beim Menschenrechtsausschuss eingelegt: CCPR/C/84/D/1292/2004, CCPR/C/79/D/1003/2001; CCPR/C/60/D/755/1992. In einem Fall ging es um eine geltend gemachte Verletzung der Rechte aus Art. 26 und 8 des Zivilpaktes eines Kroaten, der höheres Entgelt für die im Gefängnis geleistete Arbeit verlangte. In zwei Fällen wurde die Verletzung des Rechts auf Familie gemäß Art. 23 des Zivilpaktes von geschiedenen Vätern gerügt, die eine andere Sorgerechtsentscheidung verlangten.



## 2. Berichterstattung Deutschlands an die überwachenden Ausschüsse

Deutschland ist verpflichtet, in regelmäßigen Abständen über die Einhaltung der Rechte an die entsprechenden UN-Ausschüsse zu berichten.<sup>157</sup> Eine Analyse der deutschen Staatenberichte an die Menschenrechtsausschüsse zeigt aber eines: Die spezifische Lebenssituation von Migrantinnen und Migranten wird nur teilweise in den Berichten berücksichtigt. Insbesondere die menschenrechtliche Situation von illegal in Deutschland lebenden Migrantinnen und Migranten findet nur unter einem Gesichtspunkt Erwähnung: illegale Migrantinnen und Migranten als Opfer von Menschenhandel und Zwangsprostitution.<sup>158</sup> So befasst sich der 15. Staatenbericht Deutschlands an den Ausschuss zur Beseitigung der Rassendiskriminierung mit der Integration und den Rechten von rechtmäßig in Deutschland lebenden Ausländerinnen und Ausländern.<sup>159</sup> Der 3. Bericht an den UN-Ausschuss gegen Folter beschäftigt sich unter anderem mit der Frage der Abschiebung von Ausländerinnen und Ausländern und mit den von Nichtregierungsorganisationen erhobenen Vorwürfen, dass die Polizei Ausländerinnen und Ausländer misshandelt hat. Zwischen rechtmäßigem oder nicht-rechtmäßigem Aufenthalt wird in diesem Bericht nicht unterschieden.<sup>160</sup> Im 5. Bericht an den CEDAW-Ausschuss geht die Bundesregierung in einem eigenen Kapitel auf die Opfer von Menschenhandel ein. Zudem befasst sich der Bericht mit der Lebenssituation von legal in Deutschland lebenden Migrantinnen.<sup>161</sup> Im 4. Bericht der Bundesregierung an den Sozialausschuss werden illegal in Deutschland lebende Ausländerinnen und Ausländer auch bei der Darstellung der Entwicklung zu Art. 12 (Recht auf

Gesundheit) nicht erwähnt. Erörtert wird die Frage der Integration von in Deutschland lebenden Ausländerinnen und Ausländern.<sup>162</sup> Schließlich erwähnt auch der 5. Bericht an den Menschenrechtsausschuss nicht illegal in Deutschland lebenden Personen.

Die Schattenberichte, die Nichtregierungsorganisationen anlässlich der deutschen Staatenberichte an die überwachenden Ausschüsse richten, gehen zum Teil genauer auf die Situation von Migrantinnen und Migranten ein. Hervorzuheben sind die Schattenberichte zum 5. Staatenbericht der Bundesregierung Deutschland, 2003, zu CEDAW. Dort berichten einige Organisationen ausführlich über die Situation von Migrantinnen.<sup>163</sup>

Die Ausschüsse, die die Konventionen überwachen, nehmen die Praxis der Bundesregierung auf und behandeln die Situation von Migrantinnen und Migranten in ihren abschließenden Empfehlungen nur partiell. Trotz der ausführlichen Schattenberichte über die Situation von Migrantinnen drückt der CEDAW-Ausschuss seine Sorge über die Diskriminierung von Migrantinnen nur sehr allgemein aus.<sup>164</sup> Der Sozialausschuss rügt zwar, dass Asylbewerberinnen und -bewerber durch die lange Verfahrensdauer in ihrem Recht auf Zugang zum Arbeitsmarkt verletzt sein könnten. Der mangelhafte Zugang von illegal in Deutschland lebenden Migrantinnen und Migranten zur Gesundheitsvorsorge findet dagegen nur indirekt Erwähnung, wenn der Ausschuss empfiehlt, Maßnahmen zu ergreifen, um die Anzahl der Schwarzarbeiter, denen das Mindestmaß an Schutz ihres Anspruchs auf soziale Sicherheit und Gesundheitsversorgung nicht zuteil wird, zu verringern.<sup>165</sup> Auch die Frage des Schulzuges von statuslosen Kin-

<sup>157</sup> Alle aktuellen Berichte sind auf der Homepage des Instituts für Menschenrechte abrufbar.

<sup>158</sup> Vierter Staatenbericht der Bundesrepublik Deutschland nach Artikel 16 und 17 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 11. Jan. 2000, (Dok. E/C12/4/Add.3), 5. Staatenbericht der Bundesrepublik Deutschland nach Artikel 40 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte, 2002.

<sup>159</sup> S. 7ff. des Berichts vom 16.06.2000 in der deutschen Fassung.

<sup>160</sup> 3. Staatenbericht an den UN-Ausschuss gegen Folter vom 2. September 2002.

<sup>161</sup> Siehe insbesondere Kapitel 6 des Berichts.

<sup>162</sup> Vierter Staatenbericht der Bundesrepublik Deutschland nach Artikel 16 und 17 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 11. Jan. 2000, (Dok. E/C12/4/Add.3).

<sup>163</sup> agisra e.V., KOK e.V., TERRE DES FEMMES (Hrsg), Schattenberichte. Die Organisation agisra e.V. befasst sich mit den Rechten in der Arbeit und dem Recht auf Gesundheit von Migrantinnen. Darüber hinaus behandelt sie auch die Situation von illegalen Migrantinnen. Die Organisation KOK befasst sich insbesondere mit den Opfern von Menschenhandel und die Organisation Terre des Femmes untersucht die Situation von Asylbewerberinnen.

<sup>164</sup> Der Ausschuss äußert sich dazu in Absatz 30 seiner abschließenden Bemerkung wie folgt: „Der Ausschuss ist besorgt über die Situation von Migrantinnen und Minderheiten angehörenden Frauen, einschließlich Sinti und Roma, die unter verschiedenen Formen von Diskriminierung aufgrund von Geschlecht, ethnischer oder religiöser Zugehörigkeit und Rasse leiden, sowie über die Anfälligkeit einiger dieser Frauen für Menschenhandel und sexuelle Ausbeutung. Der Ausschuss bedauert den Mangel an spezifischen Informationen in den Berichten im Hinblick auf den Zugang zu Gesundheitsversorgung, Arbeit und Bildung sowie die verschiedenen Formen von Gewalt, denen Frauen ausgesetzt sind, und insbesondere von Daten und Informationen über Zwangsheiraten. Der Ausschuss ist auch besorgt über die Situation einiger ausländischer Haushalts-hilfen in Diplomatenhaushalten.“  
Ausschuss für die Beseitigung der Diskriminierung der Frau, 30. Sitzung, 12. bis 30. Januar 2004, Abschließende Bemerkungen: Deutschland, CEDAW/C/2004/I/CRP.3/Add.6/Rev.1.

<sup>165</sup> Siehe die abschließenden Empfehlungen zum 4. Staatenbericht, 2001, insbesondere Empfehlung Nr. 38.

dern findet keine Erwähnung. Das gilt auch für die abschließende Bemerkung des Kinderrechtsausschusses: Er geht in seinen abschließenden Empfehlungen nur auf die Situation von Roma-Kindern und Kindern von Asylbewerbern ein. Weder der Schulzugang von illegal in Deutschland lebenden Kindern noch ihre Gesundheitsversorgung werden erörtert.<sup>166</sup>

Dies zeigt, dass Migrantinnen und Migranten in den Berichten der Bundesregierung und in den abschließenden Empfehlungen der Ausschüsse nicht adäquat Erwähnung finden, obwohl gerade sie teilweise in prekären Verhältnissen in Deutschland leben und von den internationalen Übereinkommen geschützt sind.

## II. Der Schutz von Migrantinnen und Migranten durch die Internationale Arbeitsorganisation (ILO)

Die ILO hat sich bereits früh mit den besonderen Problemen von Wanderarbeitnehmerinnen und Wanderarbeitnehmer befasst. Unmittelbar nach dem 2. Weltkrieg wurde im Jahr 1949 ein Übereinkommen über Wanderarbeiter (Neufassung des ursprünglich aus dem Jahr 1939 stammenden Übereinkommens) von der internationalen Arbeitskonferenz verabschiedet, das von Deutschland 1959 ratifiziert wurde. Neben heute antiquierten Regelungen, zum Beispiel zum Schutz von Ausreisewilligen, die mit dem Schiff den Atlantik überquerten, enthält dieses Übereinkommen bereits bestimmte Rechte von Wanderarbeitnehmerinnen und Wanderarbeitnehmern, die sich auch in der UN-Wanderarbeitnehmerkonvention wieder finden: So verlangt Art. 6 die Gleichbehandlung der legal in einem Land lebenden Migranten mit den eigenen Staatsangehörigen hinsichtlich der Rechte in der Arbeit und der Rechte der sozialen Sicherung. Art. 2 verlangt von den Staaten, dass sie eine Informationsstelle für die

Wanderarbeitnehmerinnen und Wanderarbeitnehmer einrichten. In jüngerer Zeit hat sich der Ausschuss für die Durchführung der Übereinkommen und Empfehlungen, der die Einhaltung der ILO-Übereinkommen überwacht,<sup>167</sup> zweimal mit diesem Übereinkommen befasst: Er hat Deutschland gebeten, zu erläutern, wie § 72 Ausländergesetz (heute § 84 AufenthG), der anordnet, dass Widerspruch und Klage gegen die Nichterteilung oder Nichtverlängerung eines Aufenthaltstitels keine aufschiebende Wirkung hat, mit dem Gleichheitsgebot bezüglich der Rechtswegsgarantie übereinstimmt.<sup>168</sup>

1962 beschloss die internationale Arbeitskonferenz ein Übereinkommen über die Gleichbehandlung von Inländern und Ausländern in der sozialen Sicherheit, das Deutschland im Jahr 1971 ratifiziert hat.<sup>169</sup> Darin verpflichten sich die Staaten nach dem völkerrechtlichen Prinzip der Gegenseitigkeit, die Staatsangehörigen der anderen Vertragsstaaten hinsichtlich verschiedener Aspekte der sozialen Sicherheit mit den eigenen Staatsangehörigen gleich zu behandeln. Deutschland hat diese Verpflichtung für die ärztliche Versorgung, das Krankengeld, den Mutterschutz, Leistungen bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten und für Leistungen bei Arbeitslosigkeit akzeptiert. In der Praxis spielt dieses Übereinkommen nur eine geringe Rolle, weil Deutschland mit vielen Staaten bilaterale Sozialversicherungsabkommen geschlossen hat.<sup>170</sup>

Neben diesen beiden Übereinkommen gelten für Wanderarbeitnehmerinnen und Wanderarbeitnehmer darüber hinaus die 1998 von der ILO in der Tripartiten Erklärung unterstrichen Kernarbeitsnormen. Diese sind:

- Vereinigungsfreiheit und Recht auf Kollektivverhandlungen,
- Beseitigung der Zwangsarbeit,
- Abschaffung der Kinderarbeit,
- Verbot der Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf.

<sup>166</sup> Abschließende Bemerkung zu Deutschland des Ausschusses für die Rechte des Kindes, 35. Sitzung, 30.01.2004, CRC/C/15/Add. 226.

<sup>167</sup> Der Ausschuss wird gemäß Art. 7 der Geschäftsordnung der internationalen Arbeitskonferenz etabliert.

<sup>168</sup> CEACR: Individual Direct Request concerning Convention No. 97, Migration for Employment (Revised), 1949 Germany (ratification: 1959) von 2001 und 2002. Der Ausschuss hat im Jahr 2002 nachgefragt, weil Deutschland diese Frage nicht befriedigend beantwortet hat.

<sup>169</sup> ILO-Übereinkommen Nr. 118. Dieses Übereinkommen wurde von Bangladesch, Barbados, Bolivien, Brasilien, Cape Verde, Zentralafrikanische Republik, Kongo, Dänemark, Ecuador, Ägypten, Finnland, Frankreich, Deutschland, Guatemala, Guinea, Indien, Irak, Irland, Israel, Italien, Jordanien, Kenia, Libyen, Madagaskar, Mauretanien, Mexiko, Niederlande, Norwegen, Pakistan, Philippinen, Ruanda, Suriname, Schweden, Syrien, Tunesien, Türkei, Uruguay, Venezuela ratifiziert.

<sup>170</sup> U.a. China, Kanada, USA, Rumänien, Korea, Australien, Mazedonien, Jugoslawien.

Sie werden durch acht Abkommen der ILO, die Deutschland ratifiziert hat, auch völkerrechtlich geschützt.<sup>171</sup>

Eine weitere wichtige ILO-Konvention, die erstmals explizit die Menschenrechte aller Migrantinnen und Migranten anerkennt und es sich zur Aufgabe gemacht hat, die illegale Migration und die damit verbundene Ausbeutung zu bekämpfen, hat Deutschland nicht ratifiziert: Das Übereinkommen Nr. 143 über Missbräuche bei Wanderungen und die Förderung der Chancengleichheit und der Gleichbehandlung der Wanderarbeitnehmer von 1975. Dieses Übereinkommen gilt heute in 18 Staaten, darunter auch in einigen europäischen Staaten.<sup>172</sup> Es regelt die Pflichten der Staaten hinsichtlich von legal in ihrem Staatsgebiet lebenden Migrantinnen und Migranten. Darüber hinaus fordert es die Staaten auf, Maßnahmen gegen die Beschäftigung illegaler Migrantinnen und Migranten zu ergreifen, um zu verhindern dass „die Wanderarbeitnehmer während der Reise, bei der Ankunft oder während der Zeit ihres Aufenthalts und ihrer Beschäftigung Bedingungen ausgesetzt sind, die eine Verletzung einschlägiger internationaler, multilateraler oder bilateraler Urkunden oder Abkommen oder der innerstaatlichen Gesetzgebung darstellen.“<sup>173</sup>

Diese kurze Übersicht zeigt, dass die ILO das Problem der illegal in einem Land lebenden Migrantinnen und Migranten schon relativ früh erkannt hat, Deutschland aber eine internationale Verpflichtung zu ihrem Schutz vermieden hat.<sup>174</sup>

### III. Der Schutz von Wanderarbeitnehmerinnen und Wanderarbeitnehmern durch den Europarat

Im Rahmen des Europarates sind im Wesentlichen zwei Übereinkommen für den Schutz von Migrantinnen und

Migranten relevant: die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) und die Europäische Sozialcharta.

In den 1970er Jahren unternahm der Europarat den Versuch, die Rechte von legal in einem Staat lebenden Migrantinnen und Migranten genauer zu definieren. Die so entstandene Europäische Konvention über den rechtlichen Status von Wanderarbeitnehmern<sup>175</sup> trat 1983 in Kraft, hat aber nie Bedeutung erlangt. Deutschland hat diese Konvention zwar gezeichnet, aber nicht ratifiziert. Zuletzt im Januar 2006 hat die Bundesregierung unterstrichen, dass sie nicht beabsichtige, diese Konvention zu ratifizieren. Begründet hat sie dies damit, dass die generelle Aufhebung der Zuwanderungsbeschränkung wegen der angespannten Arbeitsmarktlage ausgeschlossen sei und zudem die wesentlichen Bereiche dieses Übereinkommens bereits jetzt durch die Europäische Sozialcharta erfasst seien.<sup>176</sup>

Die Europäische Wanderarbeitnehmerkonvention sieht den unbeschränkten Zugang von Wanderarbeitnehmern zum einheimischen Arbeitsmarkt nicht vor. Bereits in der Definition wird unterstrichen, dass nur diejenigen Personen erfasst sind, die vom Aufnahmestaat aufgenommen worden sind, um eine Arbeit aufzunehmen.<sup>177</sup>

#### 1. Der Schutz durch die EMRK

Die EMRK schützt, ähnlich wie die UN-Menschenrechtspakte, auch Migrantinnen und Migranten, die in Deutschland leben, es sei denn, dass der Wortlaut der Rechte etwas anderes vorsieht. So gewährt Art. 2 des 4. Protokolls zur EMRK Freizügigkeit nur für Personen, die sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines Staates aufhalten. Auch die verfahrensrechtlichen Schutzvorschriften gegen Ausweisungen, die im 7. Protokoll zur EMRK geregelt sind, gelten nur für Ausländer, die sich rechtmäßig im Staat aufhalten.

<sup>171</sup> Übereinkommen Nr. 87 Vereinigungsfreiheit und Schutz des Vereinigungsrechtes (1948); Übereinkommen Nr. 98 Vereinigungsrecht und Recht zu Kollektivverhandlungen (1949); Übereinkommen Nr. 29 Zwangsarbeit (1930); Übereinkommen Nr. 105 Abschaffung der Zwangsarbeit (1957); Übereinkommen 100 Gleichheit des Entgelts (1951); Übereinkommen Nr. 111 Diskriminierung (Beschäftigung und Beruf) (1958); Übereinkommen 138 Mindestalter (1973); Übereinkommen Nr. 182 Verbot und unverzügliche Maßnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit (1999). Alle Übereinkommen wurden von Deutschland ratifiziert.

<sup>172</sup> Benin, Bosnien-Herzegowina, Burkina Faso, Kamerun, Zypern, Guinea, Italien, Kenia, Mazedonien, Norwegen, Portugal, San Marino, Serbien und Montenegro, Slowenien, Schweden, Togo, Uganda, Venezuela.

<sup>173</sup> So definiert Art. 2 Abs. 1 die Missbräuche, denen illegale Migrantinnen und Migranten ausgesetzt sein können.

<sup>174</sup> Zuletzt bei der Bewertung des Berichts der Kommission zur sozialen Gestaltung der Globalisierung hat die Bundesregierung 2004 unterstrichen, dass „die konkrete Ausgestaltung dieses Themas (Migration) Sache der Nationalstaaten ist.“ Siehe Positionspapier der Bundesregierung zum Bericht der Weltkommission zur sozialen Dimension der Globalisierung, 2004.

<sup>175</sup> Die Konvention wurde von Frankreich, Italien, den Niederlanden, Norwegen, Portugal, Spanien, Schweden und der Türkei ratifiziert.

<sup>176</sup> BT-Drucksache 16/21.

<sup>177</sup> Art. 1 Abs. 1 der Europäischen Wanderarbeitnehmerkonvention.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat in ständiger Rechtsprechung die Rechte von Migrantinnen und Migranten, die in einem EMRK-Vertragsstaat leben gestärkt. Insbesondere hat der EGMR den Schutz vor Ausweisung, überwiegend aus Art. 3 oder aus Art. 8 EMRK abgeleitet, hervorgehoben.<sup>178</sup> Darüber hinaus hat der Gerichtshof aber auch andere Rechte von Migrantinnen und Migranten hervorgehoben. So hat er am 25.10.2005 entschieden, dass auch Migrantinnen und Migranten, die nur vorübergehend in Deutschland wohnen, Anspruch auf Kindergeld haben.<sup>179</sup>

## 2. Der Schutz durch die Europäische Sozialcharta

Neben der EMRK ist die Europäische Sozialcharta ein wichtiges Instrument zum Schutz der sozialen Rechte von Migrantinnen und Migranten.<sup>180</sup> Allerdings gelten die dort enthaltenen Rechte nur für die Migrantinnen und Migranten, die aus einem anderen Vertragsstaat der Europäischen Sozialcharta kommen. Damit folgt sie dem traditionellen völkerrechtlichen Prinzip der Gegenseitigkeit.<sup>181</sup> Die Rechte von Migrantinnen und Migranten werden an einigen Stellen der Sozialcharta explizit genannt: So fordert Art. 12 Abs. 4 die Vertragsstaaten auf, insbesondere durch zwei- oder mehrseitige Übereinkommen sicherzustellen, dass Migrantinnen und Migranten Ansprüche aus der sozialen Sicherheit erhalten können. Art. 13 Abs. 4 verlangt von den Staaten, dass auch Staatsangehörige der anderen Vertragsstaaten einen Anspruch auf Fürsorge haben. Art. 18 fordert die Vertragsstaaten dazu auf, großzügig das Recht auf Ausübung einer Erwerbstätigkeit im Hoheitsgebiet der anderen Vertragsparteien zu unterstützen. Wichtigste Regelung der Sozialcharta für Migrantinnen und Migranten ist Art. 19. Dieser dient explizit dem umfassenden Schutz von Wanderarbeitnehmerinnen und Wanderarbeitnehmern und ihren Familien. Damit gehen unter anderem folgende Verpflichtungen der Vertragsstaaten einher:

- Informationspflichten über Aus- und Einwanderung,
- Verbesserung der Reisebedingungen und der Aufnahme von Wanderarbeitnehmerinnen und Wanderarbeitnehmern,
- Gleichbehandlung mit den eigenen Staatsangehörigen hinsichtlich der Rechte in der Arbeit, der Unterkunft und der gewerkschaftlichen Organisation, der Steuern und des Zugangs zum Rechtsweg,
- Schutz vor Ausweisung,
- Möglichkeit zur Überweisung des Verdienstes und der Ersparnisse in das Heimatland.

Deutschland hat zuletzt im 23. Staatenbericht der Bundesregierung an den Europäischen Ausschuss für soziale Rechte vom Juni 2005 über den Schutz von Wanderarbeitnehmerinnen und Wanderarbeitnehmern in Deutschland berichtet.<sup>182</sup> Dabei lag der Schwerpunkt auf der Darstellung des neuen Zuwanderungsgesetzes. Darüber hinaus war die Berichterstattung nicht differenziert. Insbesondere wurde die Situation von illegal oder nur mit prekärem Aufenthaltsstatus in Deutschland lebenden Ausländerinnen und Ausländern nicht behandelt.

In seinem Bericht aus dem Jahr 2006 hat der Europäische Ausschuss für soziale Rechte festgestellt, dass Deutschland gegen verschiedene Verpflichtungen zum Schutz der Migrantinnen und Migranten verstößt.<sup>183</sup> Die Verstöße betrafen unter anderem den gleichen Zugang zur staatlichen Fürsorge von Staatsangehörigen anderer Vertragsstaaten wie Deutsche und die Ungleichbehandlung von Staatsangehörigen anderer Vertragsstaaten mit Deutschen bei der Gewährung von Kindergeld. Zudem rügte der Ausschuss das Nachzugsalter von Kindern und die mangelnde Möglichkeit des Familiennachzuges für bestimmte Gruppen von Migrantinnen und Migranten. Darüber hinaus rügte er, dass die Ausweisungsgründe nach deutschem Recht weiter seien, als nach der Europäischen Sozialcharta. Schließlich sah er eine Ungleichbehandlung von selbständigen Migrantinnen und Migranten.

<sup>178</sup> Grundlegend zu Abschiebungshindernissen aus Art. 3 EMRK: Soering ./, Großbritannien, Urteil vom 7. Juli 1989, D ./, Großbritannien, Urteil vom 21.04.1997. Zu Abschiebungshindernissen aus Art. 8 EMRK: insbesondere Moustaqim ./, Belgien, Urteil vom 18.02.1991, Series A no. 193.

<sup>179</sup> Niedzwiecki ./, Deutschland, Urteil vom 25.10.2005: hier hat der Gerichtshof im Falle eines Polen, der mit einer Aufenthaltsbefugnis in Deutschland lebte und deswegen kein Kindergeld bekam, eine Verletzung von Art. 8 EMRK gesehen. Das Bundesverfassungsgericht hat die deutsche Regelung in einem Beschluss vom 06.07.2004 für verfassungswidrig erklärt, BVerfG, 1 BvL 4/97 vom 06.07.2004.

<sup>180</sup> Deutschland hat die Europäische Sozialcharta von 1961, nicht aber die revidierte Fassung von 1996 ratifiziert. Im Folgenden ist deswegen die die Europäische Sozialcharta von 1961 gemeint.

<sup>181</sup> Dieses besagt, dass die Rechte nur dann gelten, wenn auch der andere Vertragsstaat die gleichen Rechte anerkennt. Die Sozialcharta ist von 39 europäischen Staaten ratifiziert worden, für die Staatsangehörigen dieser Staaten gelten die in der Sozialcharta normierten Rechte für Wanderarbeitnehmerinnen und Wanderarbeitnehmer.

<sup>182</sup> Siehe den 23. Bericht der Bundesregierung vom 30.06.2005.

<sup>183</sup> Siehe den Bericht des Ausschusses aus dem Jahr 2006, Conclusions XVIII-1 (Germany). Darin wird ausgeführt, dass Deutschland unter anderem gegen Artikel 12 Abs. 4, 13 Abs. 1, 13 Abs. 3, 16, 19 Abs. 4, 19 Abs. 6, 19 Abs. 8, 19 Abs. 10 verstößt.

---

#### IV. Bewertung

Dieser kurze Überblick über wichtige Übereinkommen, die auch die Rechte von Migrantinnen und Migranten schützen, zeigt: Zwar sind Migrantinnen und Migranten durch internationale Übereinkommen vielfältig geschützt. Die Praxis dieser Übereinkommen, wie sie sich insbesondere in der Berichterstattung der Bundesregierung und der Darstellung der überwachenden Ausschüsse darstellt, zeigt jedoch, dass die Situation von Migrantinnen und Migranten nur teilweise Erwähnung finden. Auffallend ist insbesondere, dass die Bundes-

regierung ein Eingehen auf die Situation von illegal in Deutschland lebenden Menschen vermeidet. In dieser Haltung bestätigt sich die These, die zum Verfassen der Wanderarbeitnehmerkonvention geführt hat: Zwar werden formal die Rechte von Migrantinnen und Migranten bereits in anderen Menschenrechtsübereinkommen geschützt, aber in der Realität kommt der Schutz dieser Gruppe zu kurz.

Im folgenden Kapitel wird näher dargestellt und exemplarisch erörtert werden, wo in Deutschland Lücken im menschenrechtlichen Schutz von Migranten bestehen.

## 4

# Probleme des Menschenrechtsschutzes von Migrantinnen und Migranten in Deutschland

## I. Einführung

In diesem Kapitel soll auf Lücken im Schutz der Menschenrechte für Migrantinnen und Migranten in der Praxis in Deutschland aufmerksam gemacht werden. Dabei stehen drei Rechte im Mittelpunkt: Die Rechte in der Arbeit, das Recht auf Gesundheit und das Recht auf Bildung.<sup>184</sup> Grund für den Fokus auf diese drei Rechte ist, dass Schwierigkeiten im Zugang zu diesen Rechten besonders häufig dokumentiert werden. Davon betroffen sind überwiegend illegal in Deutschland lebende Migrantinnen und Migranten. Deutschland ist aufgrund der Ratifizierung verschiedener völkerrechtlicher Verträge verpflichtet, diese Rechte zu schützen. Die Wanderarbeitnehmerkonvention kann dabei dazu dienen, diese Pflichten zu konkretisieren – indem sie die allgemeinen menschenrechtlichen Verpflichtungen im Hinblick auf die besondere Situation der Migration formuliert.

### 1. Menschenrechtliche Verpflichtung Deutschlands

Deutschland hat als Vertragsstaat internationaler Menschenrechtsübereinkommen beim Schutz aller Menschenrechte unter anderem folgende Verpflichtungen.

Insbesondere ist ein Staat verpflichtet, alle Menschenrechte diskriminierungsfrei zu gewähren. Diskriminierung bedeutet dabei die Unterscheidung, den Ausschluss, die Beschränkung oder die Präferenz, die auf der „Rasse“, der Hautfarbe, dem Geschlecht, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Meinung, der na-

tionalen oder sozialen Herkunft, dem Eigentum, der Geburt oder einem anderen Status einer Person basiert.<sup>185</sup> 2005 hat der UN-Ausschuss zur Bekämpfung des Rassismus in einer allgemeinen Bemerkung hervorgehoben, dass auch eine Ungleichbehandlung wegen der Staatsangehörigkeit eine Diskriminierung darstellen kann.<sup>186</sup> Für Deutschland bedeutet das, dass nur in Ausnahmefällen die Menschenrechte von Migrantinnen und Migranten wegen ihrer ausländischen Staatsangehörigkeit beschränkt werden dürfen. Zulässig ist dies bei Bürgerrechten, wie dem Recht auf freie Wahlen. Im Hinblick auf die Gewährung von wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten hat der UN-Ausschuss zur Bekämpfung des Rassismus dagegen hervorgehoben, dass ein Staat Hindernisse beseitigen muss, die die Wahrnehmung von wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten von Nicht-Staatsangehörigen, insbesondere auf dem Gebiet der Bildung, des Wohnens, der Beschäftigung und der Gesundheit beeinträchtigen.<sup>187</sup>

Neben dem Diskriminierungsverbot hat Deutschland auch die Pflicht, den Zugang zu Menschenrechten nicht nur de-jure, sondern auch de-facto zu gewähren. Das bedeutet, dass es nicht ausreichend ist, gesetzlich festzuschreiben, dass alle Personen ihre Menschenrechte wahrnehmen können. Deutschland muss darüber hinaus auch sicherstellen, dass der oder die Einzelne diese Rechte auch *tatsächlich* wahrnehmen kann. Das beinhaltet die Pflicht, Zugangsschwellen zu senken, um sicherzustellen, dass alle Bevölkerungsgruppen, insbesondere schwächere Personengruppen, ihre Menschenrechte wahrnehmen können.<sup>188</sup>

<sup>184</sup> Diese Rechte werden den sozialen und wirtschaftlichen Rechten zugeordnet. Siehe oben, Kapitel 2, S. 32 allgemein zu wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten.

<sup>185</sup> Siehe die allgemeine Bemerkung Nr. 18, Abs. 7 des Menschenrechtsausschusses.

<sup>186</sup> Siehe General Recommendation 30 on Discrimination Against Non-Citizens, HRI/GEN/1/Rev.7/Add.1. vom 04.05.2005. Ausführlich dazu oben, 3. Kapitel, I, 1.

<sup>187</sup> General Recommendation 30 on Discrimination Against Non-Citizens, HRI/GEN/1/Rev.7/Add.1., Abs. 29.

<sup>188</sup> Siehe dazu auch die Allgemeine Bemerkung Nr. 31 des Menschenrechtsausschusses, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, vom 26.05.2004.



## 2. Bezugnahme auf die Wanderarbeitnehmerkonvention

In der Diskussion der Rechte in der Arbeit, des Rechts auf Gesundheit und des Rechts auf Bildung und ihrer Verwirklichung in Deutschland wird im Folgenden auch Bezug genommen auf die entsprechenden Normen der Wanderarbeitnehmerkonvention, die die Rechte in der Arbeit, das Recht auf Gesundheit und das Recht auf Bildung von Migrantinnen und Migranten schützen.

Diese Bezugnahme erfolgt vor dem Hintergrund, dass diese Konvention, auch ohne dass Deutschland sie gezeichnet oder ratifiziert hat, eine wichtige Auslegungshilfe sein kann, um die Rechte von Migrantinnen und Migranten genauer zu bestimmen. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass Deutschland sowohl international als auch national unterstrichen hat, dass es nicht willens ist, die Wanderarbeitnehmerkonvention zu zeichnen oder zu ratifizieren.<sup>189</sup> Nach internationalem Recht ist ein Staat nicht an völkerrechtliche Verträge gebunden, die er eindeutig ablehnt.<sup>190</sup> Es können also aus der Wanderarbeitnehmerkonvention selbst keine Verpflichtungen Deutschlands abgeleitet werden.

Deutschland ist aber bereits durch die Ratifizierung zahlreicher anderer internationaler Verträge verpflichtet, auch die Rechte von Migrantinnen und Migranten zu schützen.<sup>191</sup> Gemäß Art. 31 Abs. 1 WVRK gelten für die Auslegung eines völkerrechtlichen Vertrages folgende Regeln:

„Ein Vertrag ist nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen.“<sup>192</sup> Ein Schwerpunkt wird also auf die so genannte teleologische Interpretation gelegt, das heißt die Auslegung nach Sinn und Zweck des Vertrages. Für die Bestimmung des Sinn und Zwecks eines Vertrages sind sowohl die Präambel als auch sonstige Vereinbarungen der Parteien heranzuziehen, die sich auf den Vertrag beziehen. Allen internationalen Menschenrechtsverträgen

ist gemein, dass ihr Ziel eine Förderung der wirksamen Rechte und Freiheiten des Menschen ist.<sup>193</sup> Dies wird zum Beispiel in den Präambeln des UN-Zivilpaktes und des UN-Sozialpaktes ausdrücklich betont.<sup>194</sup> Um die Rechte aller Menschen angemessen zu fördern, ist es notwendig, insbesondere auf die Rechte von marginalisierten oder verletzlichen Gruppen zu achten. Wegen der kulturellen und sprachlichen Barrieren, vor die Migrantinnen und Migranten gestellt sind, gehören sie sicherlich zu den verletzlichen Gruppen in Deutschland. Die Bundesregierung ist deswegen verpflichtet, ein besonderes Augenmerk auf ihre Situation zu richten. Die Wanderarbeitnehmerkonvention kann dabei als ein Hilfsmittel dienen, die besondere Situation von Migrantinnen und Migranten im Auge zu behalten.

Aus diesem Grund kann die Wanderarbeitnehmerkonvention, soweit sie allgemein anerkannte Menschenrechte für Migrantinnen und Migranten konkretisiert, als Auslegungshilfe für die Verpflichtungen Deutschlands bezüglich der Rechte von Migrantinnen und Migranten aus den anderen Menschenrechtsverträgen herangezogen werden. Diese Auffassung entspricht der neueren Praxis der UN-Ausschüsse zur Überwachung der Menschenrechtsverträge. In jüngsten Kommentierungen nehmen sie Bezug auf die Wanderarbeitnehmerkonvention.<sup>195</sup>

## II. Rechte in der Arbeit

### 1. Situation der irregulären Migrantinnen und Migranten

Migrantinnen und Migranten ohne Aufenthaltsstatus arbeiten überwiegend im Baugewerbe und in hausnahen Dienstleistungen, dabei gibt es innerhalb Deutschlands regionale Unterschiede. So stellte Alt (2005) in seinen Untersuchungen fest, dass in Leipzig die Mehrzahl der irregulär dort wohnenden Migrantinnen und Migranten auf dem Bau arbeiteten, während in München die überwiegende Zahl in privaten Haushalten

<sup>189</sup> Zum Abstimmungsverhalten Deutschlands 1990, s.o., Kapitel 2. National hat die Bundesregierung zuletzt ihre Ablehnung in der Antwort auf eine schriftliche Frage der Abgeordneten Däubler-Gmelin formuliert. BT-Drs. 16/1737, 2f. Siehe auch unten Kapitel 5 dazu.

<sup>190</sup> Art. 34 der Wiener Vertragsrechtskonvention.

<sup>191</sup> Siehe dazu oben, Kapitel 3.

<sup>192</sup> Dass Art. 31 Abs. 1 den Schwerpunkt auf die teleologische Auslegung legt, wird ganz überwiegend vertreten. Z.B. Cassese (2005), S. 179, Vitzthum (2004), S. 60.

<sup>193</sup> Dieses Ziel ist bereits in Art. 1 Nr. 3 der Charta der Vereinten Nationen verankert.

<sup>194</sup> Gleichlautend die Präambeln des Zivil- und Sozialpakts: „in der Erwägung, dass die Charta der Vereinten Nationen die Staaten verpflichtet, die allgemeine und wirksame Achtung der Rechte und Freiheiten des Menschen zu fördern.“

<sup>195</sup> Z.B. UN-Sozialausschuss, Allgemeine Bemerkung, Nr. 18, 24.11.2005, Rn. 18.



als Putzhilfe oder in der Alten- und Kinderbetreuung tätig ist.<sup>196</sup> Letzteres trifft insbesondere auf Frauen zu; sie arbeiten häufig als Reinigungskraft, in der häuslichen Alten- und Krankenpflege oder in der Sexindustrie. Frauen, die Opfer von Menschenhandel geworden sind, arbeiten besonders häufig in der Sexindustrie.<sup>197</sup>

Allen gemeinsam ist, dass sie in ihren Arbeitsverhältnissen nicht abgesichert sind: in der Regel liegt kein schriftlicher Arbeitsvertrag vor, sie müssen deswegen auf die mündlichen Zusagen der Arbeitgeberin oder des Arbeitgebers vertrauen. Dabei stehen sie in sehr unterschiedlichen Abhängigkeitsverhältnissen zu ihren Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern. Es wird immer wieder darauf hingewiesen, dass illegale Tätigkeit nicht notwendig mit Billiglohn und Ausbeutung gleichzusetzen ist.<sup>198</sup> So können zum Teil wegen der hohen Nachfrage an privaten Dienstleistungen angemessene Löhne verlangt werden und vor allem Frauen, die in der Kinder- und Krankenpflege tätig sind, haben häufig gute Verhandlungspositionen, weil sie den Arbeitgeber oder die Arbeitgeberin und die Adresse kennen und häufig auch einen Wohnungsschlüssel haben.<sup>199</sup> Beispielhaft sei hier der Fall von mehreren polnischen Krankenschwestern genannt, die sich die Pflege eines alten Mannes teilten und täglich 100 DM verdienten.<sup>200</sup> Umgekehrt können aber Arbeitsverhältnissen in Privathaushalten auch zur Ausbeutung insbesondere von Migrantinnen führen. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Migrantin im Haushalt der Arbeitgeberin wohnt. Nichtregierungsorganisationen haben hier zum Teil halbfeudale Verhältnisse dokumentiert, in denen es zu Gewalt und sexuellen Übergriffen kommt, die aber wegen der Isolierung der Frauen besonders schwer zu durchbrechen sind.<sup>201</sup>

Insbesondere dann, wenn ein Migrant oder eine Migrantin ohne Netzwerk in Deutschland lebt, ist er oder sie

anfällig für ausbeuterische Arbeitsverhältnisse. Dies ist häufig auf dem Bau zu beobachten. Obwohl gerade das Baugewerbe intensiven staatlichen Kontrollen ausgesetzt ist, werden hier viele illegale Migranten oder aber Migranten ohne Arbeitserlaubnis eingesetzt. Aufgrund der Internationalisierung und Verflechtung der Vertragsverhältnisse ist es weder für die kontrollierenden Behörden noch für den einzelnen Arbeitnehmer einfach nachvollziehbar, wer der Arbeitgeber ist. In dieser Situation ist es für den Arbeitgeber einfach, die Arbeitnehmer um ihren Lohn zu prellen oder ihnen nur ein Bruchteil dessen auszuzahlen, was zuvor vereinbart wurde. Teilweise glauben Migranten auch, dass sie legal als Werkvertragsnehmer beschäftigt seien, werden aber von ihrem Arbeitgeber nicht angemeldet und sind so seine „Manövriermasse“.<sup>202</sup> Bei staatlichen Kontrollen geben sie, von ihrem Arbeitgeber zuvor entsprechend instruiert, selbst an, den gesetzlich vorgeschriebenen Lohn zu erhalten und keine Überstunden zu machen, tatsächlich arbeiten sie aber ein Vielfaches mehr für den Bruchteil des Lohnes.<sup>203</sup>

Zwangsarbeit müssen häufig Opfer von Menschenhandel leisten. Dies gilt insbesondere für Migrantinnen, die gezwungen werden, in der Sexindustrie zu arbeiten.<sup>204</sup> Eine Studie der GTZ über Opfer von Menschenhandel aus Rumänien berichtet, dass 22 Prozent der befragten Opfer keinen Lohn für ihre Arbeit erhalten haben.<sup>205</sup>

Zur Durchsetzung ihrer Rechte wenden sich illegale Migrantinnen und Migranten in der Regel nicht an staatliche Stellen oder Gerichte, weil sie dann mit dem Bekanntwerden ihres Aufenthalts und der Abschiebung rechnen müssen. Ihre Arbeitgeber oder Arbeitgeberinnen drohen ihnen häufig damit, dass sie sich gegen Missbrauch ihrer Rechte nicht zur Wehr setzen könnten, weil sie illegal in Deutschland seien.

<sup>196</sup> Alt (2005), 79.

<sup>197</sup> Ausdrücklich ist hier darauf hinzuweisen, dass nicht alle Migrantinnen, die in der Sexindustrie arbeiten, Opfer von Menschenhandel sind. Frauen entscheiden sich bewusst für die Migration, um im Zielstaat als Prostituierte zu arbeiten. Wenn der Migrationsprozess und die gewählte Arbeitssituation frei gestaltet werden können, handelt es sich selbstverständlich nicht um Menschenhandel und Zwangsprostitution.

<sup>198</sup> Vergleiche Alscher u.a. (2001), S. 26 m.w.N.

<sup>199</sup> Ibid.

<sup>200</sup> Ibid.

<sup>201</sup> Siehe Schattenbericht von agisra e.V. zum Bericht der Bundesregierung an den Ausschuss zur Überwachung des Übereinkommens zur Beseitigung jeglicher Formen der Diskriminierung gegen Frauen, S. 56.

<sup>202</sup> Siehe Anderson (2003), S. 46.

<sup>203</sup> Ibid, S. 46; ebenso die telefonische Aussage eines Mitarbeiters der Abteilung Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS) bei der Oberfinanzdirektion Köln am 17.03.2006.

<sup>204</sup> Cyrus (2005), S. 15, 16, 59.

<sup>205</sup> GTZ (2005), S. 45.

## 2. Menschenrechtliche Gewährleistung der Rechte in der Arbeit

### a) Die Rechte in der Arbeit in der Wanderarbeitnehmerkonvention

In der Wanderarbeitnehmerkonvention spielen die Rechte in der Arbeit eine herausragende Rolle. Dabei sind die Rechte in der Arbeit vom Recht auf Arbeit zu unterscheiden. Während letzteres dem Staat die Pflicht auferlegt, dass jeder freien Zugang zum Arbeitsmarkt hat,<sup>206</sup> schützen die Rechte in der Arbeit eine Person in einem schon bestehenden Arbeitsverhältnis. Sie treffen keine Aussage darüber, unter welchen Voraussetzungen eine Person Zugang zum Arbeitsmarkt erhält. Dabei ist aber im Auge zu behalten, dass der Zugang zum Arbeitsmarkt eng mit den Beschäftigungskonditionen und den Rechten in der Arbeit verknüpft ist.<sup>207</sup> So unterstreicht der UN-Sozialausschuss, dass das Recht auf Arbeit ein Recht auf *angemessene* Arbeit ist.

Während der Sozialpakt in Art. 6 explizit das Recht auf Arbeit normiert und in Art. 7f. die damit zusammenhängenden Rechte in der Arbeit benennt, enthält die Wanderarbeitnehmerkonvention lediglich Ausführungen zu den Rechten in der Arbeit, soweit sie alle Migrantinnen und Migranten betreffen, das heißt irreguläre wie reguläre.

Das Recht auf Arbeit ist nur sehr eingeschränkt für legale Migrantinnen und Migranten in Art. 52 der Konvention enthalten, denn der Staat kann dieses Recht der regulär im Land lebenden Migrantinnen und Migranten bezüglich der im Heimatland erworbenen Qualifikation und bezüglich der Dauer des Aufenthalts beschränken. Aus der Wanderarbeitnehmerkonvention ließe sich also bei Ratifikation kein Anspruch auf Zugang zum Arbeitsmarkt in Deutschland herleiten.

Zu den Rechten in der Arbeit enthält die Wanderarbeitnehmerkonvention in drei verschiedenen Artikeln Regelungen, die für alle Migrantinnen und Migranten, unabhängig von ihrem Aufenthaltsstatus, gelten. In Art. 25 wird geregelt, dass eine Migrantin oder ein Migrant bezüg-

lich des Arbeitsentgelts und der Arbeitsbedingungen, das heißt Überstunden, Arbeitszeit, wöchentliche Ruhezeiten, bezahlter Jahresurlaub, Arbeitsschutz, Gesundheitsschutz und Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses mit den Staatsbürgerinnen und Staatsbürgern des Beschäftigungsstaates gleichbehandelt werden muss.

Art. 26 behandelt das Recht aller Migrantinnen und Migranten, an Tätigkeiten und Veranstaltungen von Gewerkschaften teilzunehmen, einer Gewerkschaft frei beizutreten und Gewerkschaften um Hilfe zu bitten.

Wenn die Voraussetzungen nach nationalem Recht und nach zwei- oder mehrseitigen internationalen Verträgen erfüllt sind, sollen Wanderarbeitnehmer oder -nehmerinnen und ihre Familien gemäß Art. 27 mit den Staatsangehörigen des Beschäftigungsstaates bezüglich der sozialen Sicherung gleichbehandelt werden. Unter sozialer Sicherung sind Leistungen im Falle von Krankheit, Invalidität, Arbeitslosigkeit und im Alter zu verstehen.<sup>208</sup>

### b) Die Rechte in der Arbeit in anderen völkerrechtlichen Verträgen

Diese für alle Migrantinnen verbürgten Rechte sind auch in anderen, von Deutschland ratifizierten völkerrechtlichen Verträgen zum Schutze des Einzelnen enthalten. So garantiert Art. 22 des Zivilpaktes die Gewerkschaftsfreiheit, Art. 7 und 8 des Sozialpaktes beschäftigen sich mit den Rechten in der Arbeit. Weiterhin spielt die ILO eine herausragende Rolle bei der Definition, welche Standards in der Arbeit gelten müssen. Zentral sind die Kernarbeitsnormen, die 1988 in einer tripartiten Erklärung von der ILO angenommen wurden und in insgesamt 8 Konventionen enthalten sind.<sup>209</sup> Darüber hinaus hat die ILO in zahlreichen Konventionen die Mindestarbeitsbedingungen ausgestaltet. So verpflichtet das ILO-Übereinkommen über Leistungen bei Invalidität und Alter und an Hinterbliebene (ILO-Konvention Nr. 128) die Vertragsstaaten, Leistungen für Invalidität und Alter für alle Bewohner der Vertragsstaaten zu gewähren.<sup>210</sup> Das ILO-Übereinkommen über ärztliche Betreuung und Krankengeld (ILO-Übereinkommen Nr.130<sup>211</sup>) etabliert für denselben Personenkreis eine Verpflichtung des

<sup>206</sup> Der UN- Sozialausschuss hat sich in der allgemeinen Bemerkung Nr. 18 vom 24.11.2005 umfassend mit dem Recht auf Arbeit befasst.

<sup>207</sup> So auch der UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Allgemeine Bemerkung, Rn. 9. ausführliche Darstellung: Körner (2003), S. 12ff.

<sup>208</sup> ILO-Konvention Nr. 118 über die Gleichbehandlung bezüglich der sozialen Sicherheit nennt folgende Leistungen: ärztliche Betreuung, Krankengeld, Leistungen bei Mutterschaft, Leistungen bei Invalidität, Leistungen im Alter, Leistungen an Hinterbliebene, Leistungen bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten, Leistungen bei Arbeitslosigkeit, Familienleistungen.

<sup>209</sup> Siehe dazu 2. Kapitel, II.

<sup>210</sup> Deutschland hat diese Konvention am 15.01.1971 ratifiziert.

<sup>211</sup> Von Deutschland am 08.08.1974 ratifiziert.

Staates, die Krankenversorgung dieser Personen zu gewährleisten. Das ILO-Übereinkommen über den bezahlten Jahresurlaub (ILO-Konvention Nr. 132) sieht einen Anspruch auf mindestens drei Wochen Jahresurlaub für alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vor, die im Vertragsstaat ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben.<sup>212</sup> Auch für spezifische Berufsgruppen wie Personen, die auf dem Bau arbeiten, hat die ILO in Konventionen die Pflichten des Vertragsstaates geregelt.<sup>213</sup>

#### c) Die Rechte in der Arbeit in der Europäischen Sozialcharta

Auf europäischer Ebene ist schließlich noch die Europäische Sozialcharta zu nennen, die die in der Wanderarbeitnehmerkonvention genannten Rechte in Art. 2, 3 und 4 regelt. Dabei regelt Art. 2 das Recht auf gerechte Arbeitsbedingungen. Dazu gehört die Verpflichtung des Staates, für angemessene tägliche und wöchentliche Arbeitszeiten zu sorgen, bezahlte Feiertage vorzusehen, bezahlten Jahresurlaub von mindestens zwei Wochen sicherzustellen, bei gefährlichen oder gesundheits-schädlichen Arbeiten darüber hinaus bezahlten Urlaub oder kürzere Arbeitszeiten vorzuschreiben und schließlich wöchentliche Ruhezeiten sicherzustellen. Art. 3 befasst sich mit dem Recht auf sichere und gesunde Arbeitsbedingungen, die den Staat dazu verpflichten, Sicherheits- und Gesundheitsvorschriften zu erlassen und die Umsetzung und Einhaltung dieser Vorschriften zu kontrollieren. Art. 4 schließlich beinhaltet das Recht auf gerechtes Arbeitsentgelt. Dazu gehört die Pflicht des Staates, das Recht der Arbeitnehmer auf ein Arbeitsentgelt anzuerkennen, um damit sich und seiner Familie einen angemessenen Lebensstandard zu sichern, das Recht auf Zahlung erhöhter Lohnsätze für Überstunden, das Recht auf gleiche Entlohnung von Männern und Frauen und das Recht, Lohnabzüge nur in engen Grenzen zuzulassen.

All diese Übereinkommen sind von Deutschland ratifiziert worden.

#### d) Europarechtlicher Schutz der Rechte in der Arbeit

Schließlich spielen auch europarechtliche Vorschriften, die Art. 39 bis 42 des EG-Vertrages konkretisieren und umsetzen, eine Rolle. Art. 39ff. EG-Vertrag bestimmen die Freizügigkeit und Gleichbehandlung der Arbeitnehmer in allen EU-Mitgliedstaaten.<sup>214</sup> Dabei gelten diese Regelungen für die Staatsangehörigen der alten EU-Staaten und ihre Familienangehörige. Für die neuen EU-Staaten mit Ausnahme von Malta und Zypern gelten in Deutschland Übergangsregelungen, die die Freizügigkeit einschränken.

### 3. Die Rechte in der Arbeit im deutschen Recht

Wenn Migrantinnen und Migranten in ihren Rechten in der Arbeit verletzt werden, so sind sie nach deutschem Recht umfassend geschützt, unabhängig davon, ob sie sich mit oder ohne Aufenthaltstitel in Deutschland aufhalten oder ob sie im Besitz einer Arbeitserlaubnis sind. Damit entspricht das deutsche Recht den internationalen Verpflichtungen, die Deutschland bezüglich der Rechte in der Arbeit hat.

Regelungen zum Arbeitsrecht finden sich in zahlreichen Gesetzen, darüber hinaus spielen das EU-Gemeinschaftsrecht und die Tarifverträge eine herausragende Rolle. Schließlich hat die Rechtsprechung das deutsche Recht weiterentwickelt und konkretisiert. Angesichts dieser Komplexität werden im Folgenden nur die Grundzüge des deutschen Arbeitsrechts, die internationalen menschenrechtlichen Verpflichtungen entsprechen, dargestellt.

Die Gleichbehandlung ausländischer Arbeitnehmer mit deutschen Arbeitnehmern ist verfassungsrechtlich in Art. 3 Abs. 1 und 3 des Grundgesetz (GG) verankert. Zwar ist in der Literatur umstritten, ob sich das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG auch auf Staatsangehörigkeit bezieht,<sup>215</sup> das Bundesarbeitsgericht hat

<sup>212</sup> Deutschland hat diese Konvention am 30.04.1975 ratifiziert. Es hat den Mindesturlaub bei Ratifizierung auf 18 Tage festgelegt. Die Konvention ist vom Bundesarbeitsgericht immer wieder herangezogen worden, zum Beispiel BAG vom 28.11.1990, in NZA 91, 423.

<sup>213</sup> So zum Beispiel im ILO-Übereinkommen über den Arbeitsschutz im Bauwesen (ILO-Konvention Nr. 167), die von Deutschland am 18.11.1993 ratifiziert wurde.

<sup>214</sup> Diese Rechte sind in verschiedenen Sekundärrechtsakten der EU konkretisiert worden: z.B. VO 161/68 betreffend die Arbeitnehmerfreizügigkeit und VO 1408/71 betreffend die Angleichung der Sozialversicherungssysteme.

<sup>215</sup> Gubelt, in Sachs (2003), Art. 3, Rn. 99 bejaht dies mit der Begründung, dass nur so der Grundrechtsschutz für Ausländer effektiv gewährleistet werden kann. Danach leitet sich die Staatsangehörigkeit entweder aus der „Heimat“ oder aus der „Herkunft“ im Sinne des Art. 3 III GG ab. Das BVerwG hat dies verneint: BVerwGE 22, 66.

aber für das Arbeitsrecht anerkannt, dass es einen allgemein arbeitsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz gibt, der inhaltlich durch Art. 3 Abs. 1 GG bestimmt wird. Danach sind ausländische und inländische Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gleich zu behandeln.<sup>216</sup>

Dementsprechend knüpfen alle Regelungen des deutschen Arbeitsrechts an das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses oder Beschäftigungsverhältnisses an, nicht aber an der Staatsangehörigkeit des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin. § 7 Abs. 1 des 4. Buches des Sozialgesetzbuches (SGB IV) definiert Beschäftigung als nichtselbständige Arbeit insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nichtselbständige Arbeit liegt in der Regel vor, wenn der Arbeitnehmer persönlich vom Arbeitgeber abhängig ist und für Zeit, Dauer und Art der Ausführung der Beschäftigung dem umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt.<sup>217</sup>

In der Regel wird ein Arbeitsverhältnis durch den Abschluss eines Arbeitsvertrages begründet. Wenn der Arbeitsvertrag aber Regelungen enthält, die gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen oder die sittenwidrig sind, dann ist er in diesen Teilen nichtig.<sup>218</sup> Ein gesetzliches Verbot besteht zum Beispiel im Fall der Schwarzarbeitsabrede, wenn also Arbeitnehmer und Arbeitgeber vereinbaren, weder Sozialabgaben noch Steuern zu zahlen, oder im Falle der Beschäftigung eines Ausländers oder einer Ausländerin, die nicht arbeiten dürfen.<sup>219</sup> Sittenwidrig wegen Wucher ist ein Vertrag, der eine Lohnvereinbarung enthält, bei der der Wert der Arbeitsleistung und das Entgelt in einem auffallenden Missverhältnis zueinander stehen, insbesondere, wenn der Lohn weit unter dem Durchschnittslohn für vergleichbare Tätigkeit liegt.

Das Arbeitsverhältnis einer Prostituierten ist dagegen spätestens mit Einführung des Prostitutionsgesetzes

vom 2001 nicht mehr als sittenwidrig einzustufen.<sup>220</sup> Vielmehr ist durch das Prostitutionsgesetz klargestellt worden, dass ein sozialversicherungspflichtiges Arbeitsverhältnis dann besteht, wenn die Prostituierte und der Bordellbetreiber eine Vereinbarung über die Höhe des Lohnes und Ort und Zeit der Ausübung abgeschlossen haben.<sup>221</sup>

Auch wenn ein Arbeitsvertrag nichtig oder teilnichtig ist, führt das nicht dazu, dass der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin schutzlos ist. Vielmehr besteht für die Vergangenheit, also für die bereits geleistete Arbeit, ein so genanntes faktisches Arbeitsverhältnis, dessen Ausgestaltung sich nach den gesetzlichen Regelungen über ein Arbeitsverhältnis richtet. Ist zum Beispiel die Lohnvereinbarung wegen Wucher<sup>222</sup> sittenwidrig, so bestimmt sich die Höhe des Lohnes nach der üblichen Vergütung, die für vergleichbare Tätigkeiten bezahlt wird.<sup>223</sup> Im Baugewerbe ist die übliche Vergütung durch Tarifvertrag geregelt.

Die Arbeitsbedingungen sind insbesondere in folgenden Gesetzen näher ausgestaltet, in denen nicht nach der Staatsangehörigkeit des Arbeitnehmers unterschieden wird: Im Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) ist der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub geregelt. Der gesetzliche Mindesturlaub liegt bei 24 Werktagen pro Beschäftigungsjahr. Wird dieser nicht in Anspruch genommen und ist das Beschäftigungsverhältnis beendet, so kann der Urlaubsanspruch abgegolten werden.

Regelungen zur Arbeitszeit sind im Arbeitszeitgesetz (ArbZG) enthalten. Dieses gilt nach dem Territorialprinzip für alle sich in Deutschland aufhaltenden Personen. Danach beträgt die gesetzliche Höchst-arbeitszeit täglich acht Stunden, sie kann auf bis zu zehn Stunden täglich erhöht werden, muss dann aber innerhalb von 24 Wochen wieder ausgeglichen werden.<sup>224</sup>

<sup>216</sup> Zum Beispiel BAGE 71, 29, 23f.

<sup>217</sup> Siehe Schaub (2002) IV. Buch, § 29 II 3.

<sup>218</sup> §§ 134, 138 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB).

<sup>219</sup> Gemäß § 284 des 3. Buches des Sozialgesetzbuches (SGB III) bedarf es einer Genehmigung der Bundesagentur für Arbeit, wenn Staatsangehörige der neuen EU-Mitgliedstaaten in Deutschland arbeiten wollen. Gemäß § 18 Abs. 2 AufenthG bedarf es in allen anderen Fällen für die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis regelmäßig der Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit. (Einzelheiten und Ausnahmen von der Zustimmungspflicht sind in der Beschäftigungsverordnung vom 22.11.2004 geregelt.) Gemäß § 404 Abs. 2 Nr. 4 SGB III handelt eine Person, die einen statuslosen Ausländer beschäftigt, ordnungswidrig. Die Ausländerin handelt gemäß § 404 Abs. 2 Nr. 4 SGB III ordnungswidrig, wenn sie ohne Erlaubnis oder ohne Aufenthaltstitel arbeitet. Gemäß § 10 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz (SchwarzArbG) begeht derjenige eine Straftat, der eine Ausländerin ohne Aufenthaltsgenehmigung beschäftigt und diese zu wesentlich ungünstigeren Bedingungen beschäftigt als eine deutsche Arbeitnehmerin in vergleichbarer Tätigkeit.

<sup>220</sup> Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (2006), § 611, RN. 416., A.A. Palandt (2004), Anhang zu § 138 BGB, RN. Er begründet die Sittenwidrigkeit damit, dass das Anbieten von sexuellen Dienstleistungen gegen die Menschenwürde verstoße.

<sup>221</sup> Siehe §§ 1f. ProstG und die Begründung zum Prostitutionsgesetz, Bundestagsdrucksache 14/5968.

<sup>222</sup> Siehe zur Einordnung des Arbeitsverhältnisses als Wucher zum Beispiel Urteil des BGH vom 22. April 1997 – 1 StR 701/96, EzA StGB § 302a Nr. 1.

<sup>223</sup> § 612 Abs. 2 BGB.

<sup>224</sup> § 3 ArbZG. Darüber hinaus enthält das ArbZG Sonderregelungen für Nacht- und Schichtarbeiter.

Derjenige, der einen Arbeitnehmer länger als zehn Stunden beschäftigt oder die Überschreitung der Zehn-Stunden-Grenze duldet, handelt ordnungswidrig.<sup>225</sup>

Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer bezüglich Leben und Gesundheit ist in Grundzügen in §§ 617f. BGB geregelt. Darüber hinaus ist der Arbeitsschutz im Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG) geregelt.

Auch bezüglich der in Deutschland existierenden Sozialversicherungen unterscheidet das deutsche Recht nicht zwischen ausländischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern einerseits und deutschen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern andererseits. Das Sozialversicherungsrecht bestimmt, dass alle Personen, die in einem Beschäftigungsverhältnis stehen, sozialversicherungspflichtig sind.<sup>226</sup> Diese Pflicht ist für die Krankenversicherung in § 5 Abs. 1 Nr. 1 des 5. Buches des Sozialgesetzbuches (SGB V), für die Unfallversicherung in § 2 Abs. 1 des 7. Buches des Sozialgesetzbuches (SGB VII) und für die Rentenversicherung gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 des 6. Buches des Sozialgesetzbuches (SGB VI) konkretisiert. Die Sozialversicherungspflicht besteht auch, wenn das Arbeitsverhältnis wegen eines gesetzlichen Verbotes oder Sittenwidrigkeit nichtig oder teilnichtig ist.<sup>227</sup> Die Pflicht zur Meldung der Beschäftigung und zur Abführung der Sozialversicherungsabgaben obliegt dem Arbeitgeber. Dieser muss bei Beginn der Beschäftigung die Sozialversicherungsträger über die Beschäftigung informieren und ist zur Abführung der gesetzlich festgelegten Beiträge verpflichtet.<sup>228</sup> Tut er das nicht, so begeht er eine Ordnungswidrigkeit.

Während die Beiträge zur Kranken- und Rentenversicherung hälftig vom Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu tragen sind, hat für die Unfallversicherung ausschließlich der Arbeitgeber aufzukommen.<sup>229</sup> Auch die Arbeitslosenversicherung ist eine Pflichtversicherung für alle Personen, die in einem Beschäftigungsverhältnis stehen.<sup>230</sup>

Dieser kurze Überblick zeigt, dass in Deutschland alle Migrantinnen und Migranten in ihren Arbeitsbedingungen den deutschen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern rechtlich gleichgestellt sind. Dennoch haben

Migrantinnen und Migranten insbesondere Probleme bei der Durchsetzung ihrer Rechte.

#### 4. Probleme in der Durchsetzung der Rechte in der Arbeit in Deutschland

##### a) Irreguläre Migrantinnen und Migranten

Zwar haben auch irregulär in Deutschland lebende Personen nach geltendem Recht die Möglichkeit, faire Arbeitsbedingungen zur Not auch gerichtlich durchzusetzen. Klagen beim Arbeitsgericht aus dem Arbeitsverhältnis sind gemäß § 2 Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) möglich. Sozialversicherungsrechtliche Leistungen können vor dem Sozialgericht eingeklagt werden (§ 51 Sozialgerichtsgesetz – SGG). Diese Klagen können auch aus dem Ausland geführt werden. Voraussetzung ist dann, dass sich der Kläger oder die Klägerin von einem in Deutschland niedergelassenen Rechtsanwalt vertreten lässt.

Die Klageerhebung ist aber für die Betroffenen, die sich noch in Deutschland aufhalten, immer mit der Gefahr verbunden, dass die Ausländerbehörde ihren Aufenthalt in Deutschland erfährt und die Abschiebung einleitet, denn auch Gerichte sind verpflichtet, Kenntnisse über den Aufenthaltsstatus einer Ausländerin oder eines Ausländers, die sie in Erfüllung ihrer Aufgaben erfahren, an die Ausländerbehörden oder an die Polizeibehörden zu melden.<sup>231</sup> Dies ist nicht nur in § 87 Abs. 2 AufenthG festgeschrieben, sondern auch in § 13 Abs. 2 SchwarzArbG und § 405 Abs. 6 SGB III. Während die letztgenannten Vorschriften Ausnahmen von der Übermittlungspflicht zulassen, wenn schutzwürdige Interessen des Betroffenen dem entgegenstehen, besteht diese Ausnahme bei § 87 Abs. 2 AufenthG nicht. Hier hat das Arbeitsgericht die Ausländerbehörde über eine Ausländerin oder einen Ausländer ohne Aufenthaltstitel zu informieren, wenn es davon in Erfüllung seiner Aufgaben Kenntnis erlangt hat.

Wann dies der Fall ist, wird von den Arbeitsgerichten in der Praxis unterschiedlich ausgelegt. Zum Teil wird die Auffassung vertreten, dass nur solche Informationen in Erfüllung der Aufgaben des Gerichts erlangt werden,

225 § 22 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG.

226 § 2 Abs. II Nr. 1 SGB IV.

227 Siehe Urteil des Bundessozialgerichts vom 10.08.2000, Az. B 12 KR 21/98, das ausdrücklich feststellte, dass eine eventuelle Sittenwidrigkeit einer Tätigkeit der Sozialversicherungspflicht nicht entgegensteht.

228 §§ 28a, 28e SGB IV.

229 § 249 SGB V und § 168 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI und § 150 SGB VII.

230 § 24 Abs. 1 SGB III.

231 Siehe Nr. 87.2.03 der vorläufigen Anwendungshinweise des BMI zum Zuwanderungsgesetz, die insofern wortgleich mit den früheren Verwaltungsvorschriften zum Ausländergesetz sind.

die für die Lösung einer arbeitsrechtlichen Streitigkeit erforderlich sind.<sup>232</sup> Nach dieser Meinung gehören aber nicht die Angaben zum Aufenthaltsstatus dazu. Zum Teil wird genau dies bestritten und eine Meldepflicht an die Ausländerbehörden bejaht.<sup>233</sup> Diese Unsicherheit führt in der Praxis dazu, dass sich Menschen, die ohne Aufenthaltstitel in Deutschland arbeiten, nicht sicher sein können, ob durch die Klage vor dem Arbeitsgericht der Ausländerbehörde ihr Aufenthalt bekannt wird.<sup>234</sup>

Trotz dieser Unsicherheit hat es in der Vergangenheit erfolgreiche Klagen von Arbeitsmigranten und Arbeitsmigrantinnen gegeben. So hat eine Polin, die als Putzfrau in einem Privathaushalt gearbeitet hatte, gegen ihren Arbeitgeber geklagt. Sie hatte sich während der Arbeit an der Fingerkuppe verletzt. Infolge der Verletzung musste die Fingerkuppe amputiert werden. Die Arbeitgeber, eine Familie aus Lehrte, bestritten, dass die Polin bei ihnen beschäftigt war. Vielmehr sei sie Mitglied einer Wohngemeinschaft und habe in diesem Zusammenhang Hausarbeiten verrichtet. Das Gericht folgte diesen Ausführungen nicht und verurteilte die Familie zur Zahlung des Lohnes und zu einer Entgeltzahlung im Krankheitsfalle.<sup>235</sup> Zudem erhielt die Polin wegen der eingeschränkten Arbeitsfähigkeit Leistungen aus der Unfallversicherung.

Diese Klage war aber nur möglich, weil die klagende Frau von einer Hilfsorganisation unterstützt wurde.

Hier zeigt sich ein weiteres Problem: Die betroffenen Personen kennen oftmals ihre Rechte nicht. Vielfach werden sie von ihren Arbeitgebern und Arbeitgeberinnen in die Irre geführt. Die vermeintliche Rechtlosigkeit ihrer Situation ist in diesen Fällen ein Mittel, den Druck auf die betroffene Person zu erhöhen. In der Literatur werden immer wieder Beispiele angeführt, in denen Arbeitgeber gerade die Statuslosigkeit gegenüber dem Migranten oder der Migrantin unterstrichen haben und

damit gedroht haben, die Behörden über seinen oder ihren Aufenthalt zu informieren.<sup>236</sup> Mit dieser Drohung besteht für einen Arbeitgeber oder eine Arbeitgeberin auch die Möglichkeit, die Arbeitsbedingungen kontinuierlich zu verschlechtern. So berichtete eine rumänische Frau, die als Altenpflegerin in Berlin arbeitete, dass ihre Arbeitgeberin den Lohn von anfänglich sieben Euro pro Stunde auf vier Euro pro Stunde gesenkt hatte und ihr in einer Auseinandersetzung vorhielt, dass sie „doch eh illegal hier“ sei.<sup>237</sup>

Bereits vor der Einreise spielt der Mangel an Informationen für die Entscheidung von irregulär in Deutschland lebenden Migrantinnen und Migranten eine Rolle. So gaben in einer Studie der Europäischen Kommission 64 Prozent der befragten Frauen, die Opfer von Frauenhandel geworden waren, an, dass sie von den Arbeitsvermittlern über die Arbeitsmöglichkeiten und -bedingungen getäuscht wurden.<sup>238</sup> Die Versprechungen der Arbeitsvermittler waren ausschlaggebend dafür, dass sich diese Frauen für eine Einreise in die EU entschieden.

Informationen über ihre Rechte erhalten Migrantinnen und Migranten nur durch Nichtregierungsorganisationen<sup>239</sup> und seit einigen Jahren auch von Gewerkschaften. Staatliche Einrichtungen informieren die Migrantinnen und Migranten dagegen in der Regel nicht über ihre Rechte. Insbesondere die Zollbehörden, deren Aufgabe die Bekämpfung der Schwarzarbeit ist, sehen es nicht als ihre Aufgabe an, die entdeckten schwarzarbeitenden Migrantinnen und Migranten über ihre Rechte zu informieren.<sup>240</sup>

So berichtete ein Vertreter des Zollfahndungsdienstes des Zollkriminalamtes (ZKA) von einem Fall, in dem bei der Durchsuchung eines Restaurants ein Chinese festgenommen wurde, der umgerechnet 1,54 Euro Stundenlohn verdient und bis zu 18 Stunden täglich gearbeitet hatte. Unmittelbar nach der Einreise nach

<sup>232</sup> Fodor in Alt/Fordor (2001), S. 154.

<sup>233</sup> Für eine Darstellung des Problems: Schneider-Schahn (2001), S. 2.

<sup>234</sup> So im Ergebnis auch: Rechte aus dem Arbeitsverhältnis, Schriftenreihe Migration&Arbeitswelt, Dezember 2004, S. 14.

<sup>235</sup> Arbeitsgericht Hannover, Urteil vom 15.01.2003, Az. 13Ca268/02. Berichtet von Cyrus (2005), ohne Seitenangabe.

<sup>236</sup> Z.B. Alscher/Münz/Özcan (2001), 26, Cyrus, (2005), S. 53ff.; United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute, Trafficking in Women from Romania into Germany, Comprehensive Report, (2005), S. 12.

<sup>237</sup> Evangelisches Missionswerk (2004), S. 8.

<sup>238</sup> Commission of the European Communities DG Justice & Home Affairs, Research based on case studies of victims of trafficking in human beings in 3 EU Member States, S. 24.

<sup>239</sup> Das Projekt ZAPO – Zentrale Integrierte Anlaufstelle für PendlerInnen aus Osteuropa – beriet von 1997 bis 2004 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die sich ohne Aufenthaltstitel in Deutschland aufhielten, über ihre Rechte und hat dabei weitreichende Erfahrungen mit der Praxis von Arbeitsgerichten gemacht. Jährlich beriet diese Einrichtung zirka 100 Migrantinnen und Migranten. Ein Beratungsleitfaden von 2003, der noch immer nützliche Informationen enthält, ist eingestellt unter: [www.labournet.de/diskussion/wipo/migration/zapo.html](http://www.labournet.de/diskussion/wipo/migration/zapo.html) (besucht am 07.03.2006)

<sup>240</sup> Telefonische Auskunft eines Vertreters der Zentralstelle des Zollfahndungsdienstes bei der Oberfinanzdirektion Köln vom 17.03.2006.



Deutschland hatte der Arbeitgeber den Pass, der ein gültiges Visum enthielt, zerrissen. Die Zollfahnder nahmen den Chinesen fest und er kam in die Abschiebungshaft.<sup>241</sup> Über bestehende Ansprüche gegen seine Arbeitgeber informierte der Zollfahndungsdienst den Mann nicht.

Dieses Beispiel ist exemplarisch für die Arbeit insbesondere der Polizei- und Ordnungsbehörden. Während der Kontrollen von Arbeitsplätzen sind sie ausschließlich auf die Verfolgung von Schwarzarbeit und anderer Straftatbestände konzentriert. Ausländerinnen und Ausländer, die sie dort ohne Aufenthaltstitel antreffen, werden als Straftäter wahrgenommen. Dabei übersehen die Polizei- und Ordnungsbehörden, dass diese Personen auch Opfer von Straftaten sein könnten, die ihre Rechte nicht kennen. Zu diesen Rechten gehören neben dem Lohnanspruch gegen die Arbeitgeber auch die sozialversicherungsrechtlichen Anwartschaften, insbesondere die Rentenanswartschaften, die Migrantinnen und Migranten durch ihre Arbeit erworben haben.<sup>242</sup> Die Bundesregierung hat in einem Bericht im Juli 2005 darüber informiert, dass im Jahr 2004 in 45.003 Verdachtsfällen Nachforderungen der Sozialversicherungen in Höhe von 154.623.635,38 Euro gestellt wurden.<sup>243</sup> Teile dieser Nachforderungen resultieren auch aus der Schwarzarbeit von illegalen Migrantinnen und Migranten. Von ihren erarbeiteten Ansprüchen profitieren also die Sozialversicherungen, nicht aber die Migrantinnen und Migranten selbst.

#### b) Saisonarbeitnehmerinnen und Saisonarbeitnehmer

Saisonarbeitnehmerinnen und Saisonarbeitnehmer sind berechtigt, für einen bestimmten Zeitraum – in der Regel drei Monate – in Deutschland überwiegend in der Landwirtschaft oder der Gastronomie zu arbeiten. Wenn sie aus einem Drittstaat einreisen, benötigen sie ein Visum, das zur Aufnahme der Saisonarbeit berechtigt. Reisen sie aus den neuen EU-Mitgliedstaaten ein, benötigen sie lediglich eine Arbeitsgenehmigung, die sie nach der Einreise nach Deutschland erhalten. Die Vermittlung

erfolgt durch die Zentralstelle für Arbeitsvermittlung der Bundesagentur für Arbeit (ZAV).

Während ihrer Beschäftigung unterliegen sie dem deutschen Arbeitsrecht und sind in Deutschland sozialversicherungspflichtig. Etwas anderes gilt für Staatsangehörige der neuen EU-Mitgliedstaaten; wenn sie in ihrem Herkunftsland weiterhin sozialversicherungspflichtig sind, werden die während der Saisonarbeit entstehenden Sozialversicherungsbeiträge an die Sozialversicherungen im Heimatland überwiesen.<sup>244</sup>

Nach ihrer Einreise treffen Saisonarbeitnehmerinnen und -nehmer zum Teil auf Arbeitsbedingungen, die weder vertraglich vereinbart waren, noch mit gesetzlichen Regelungen übereinstimmen. Insbesondere die Gewerkschaften weisen immer wieder auf Missstände hin. So berichtete die IG BAU im Jahr 2005 darüber, dass die Unterbringung von Erntehelfern in vielen Fällen nicht angemessen sei.<sup>245</sup>

Ein weiteres Beispiel veranschaulicht das Problem: Rumänische Spargelstecherinnen kamen im Jahr 2004 nach Deutschland. Ihre Arbeitsverträge sahen 60 Arbeitstage und den gesetzlichen Mindestlohn vor. Dennoch zahlte der Bauer nur einen Bruchteil des Lohnes. Darüber hinaus zog er zuviel Geld für Kost und Logis ab. Schließlich machte er geltend, dass er Sozialversicherungsbeiträge geleistet habe und zog diese vom Lohn ab. Die Saisonarbeiterinnen beschwerten sich daraufhin beim Arbeitsamt, das selbst keine Maßnahme ergriff, sondern sie an eine Beratungsstelle verwies. Mit deren Hilfe klagten sie erfolgreich beim Arbeitsgericht gegen den Bauern.<sup>246</sup>

Auch hier liegt das Problem in der mangelnden Information der Migrantinnen und Migranten über ihre Rechte. Zunehmend übernehmen es Gewerkschaften, Saisonarbeitnehmerinnen und Saisonarbeitnehmer zu informieren. Hervorzuheben ist dabei der Europäische Verband der Wanderarbeitnehmer, der mit Unterstützung

<sup>241</sup> Beispiel berichtet von einem Vertreter der Zollfahndungskommission Berlin des ZKA auf einer Tagung des DGB am 30.11.2005 zum Umgang mit illegalen Ausländern in Deutschland in Berlin.

<sup>242</sup> Opfer von Menschenhandel haben darüber hinaus neben der strafrechtlichen Möglichkeit, als Nebenkläger aufzutreten, auch zivilrechtliche Schadensersatzansprüche gegen ihre Arbeitgeber.

<sup>243</sup> Unterrichtung durch die Bundesregierung – Zehnter Bericht der Bundesregierung über die Auswirkungen des Gesetzes zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung – BillBG –, 20.07.2005, BT-Drs. 15/5934, S. 14.

<sup>244</sup> Das ist geregelt in Verordnung (EWG) 1408/71. Diese Verordnung regelt die Gleichwertigkeit und gegenseitige Anerkennung der Sozialversicherungssysteme in den EU-Mitgliedstaaten.

<sup>245</sup> Pressemitteilung der IG BAU vom 05.03.2005.

<sup>246</sup> Aus: Heck (2005), ohne Seitenangabe.



der IG BAU im Jahr 2004 gegründet wurde, um insbesondere Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aus Osteuropa zu unterstützen.<sup>247</sup> Staatliche Stellen erteilen nur unzureichend Auskunft. So erhalten die Saisonarbeitnehmerinnen und Saisonarbeitnehmer vor ihrer Einreise nach Deutschland keine Informationen von den visumsausstellenden deutschen Konsulaten über ihre Rechte als Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in Deutschland. Auch in Deutschland werden sie von den Arbeitsämtern nur unzureichend informiert. Zwar bietet die Bundesagentur ein Merkblatt für die Arbeitgeber von Saisonarbeitnehmerinnen und Saisonarbeitnehmer an, nicht aber für die Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen selbst.<sup>248</sup> Für ausländische Beschäftigte aus der EU existiert lediglich ein allgemeines Merkblatt über Arbeitsbedingungen in Deutschland.<sup>249</sup>

## 5. Bewertung

Die vorliegende Darstellung zeigt, dass Deutschland bereits heute einen großen Teil seiner internationalen Verpflichtungen umgesetzt hat. Insbesondere die Gleichbehandlung von Ausländerinnen und Ausländern mit Deutschen ist gesetzlich umfassend gewährleistet. Dennoch kommt es bei der Durchsetzung dieser Rechte nach wie vor zu erheblichen Problemen für die Migrantinnen und Migranten.

Ein Problem insbesondere für Migrantinnen und Migranten, die sich ohne Aufenthaltsstatus oder aber ohne Arbeitserlaubnis in Deutschland aufhalten, besteht darin, dass sie ihre Rechte nur um den Preis des Bekanntwerdens ihres Aufenthalts durchsetzen können. Dies führt dazu, dass sie sich nicht an staatliche Stellen wenden, um ihre Interessen durchzusetzen. Diese Praxis kann auch dazu führen, dass sich Migrantinnen und Migranten informeller und zum Teil auch krimineller Mittel bedienen, um ihre Ansprüche durchzusetzen. So beschrieb ein brasilianischer Bauarbeiter, dass er gemeinsam mit anderen Kollegen seinen Arbeitgeber damit bedrohte, dessen zweijährige Tochter zu entführen, wenn er den Lohn nicht zahlen würde.<sup>250</sup>

Art. 83 der Wanderarbeitnehmerkonvention verpflichtet die Staaten, dafür Sorge zu tragen, dass jeder, der in

seinen Rechten aus der Konvention verletzt ist, eine wirksame Beschwerde einlegen kann. Dabei ist der Begriff „wirksam“ so zu verstehen, dass die Beschwerde auch tatsächlich eingelegt werden kann. Die rechtliche Möglichkeit allein reicht dann nicht aus, wenn andere Umstände dazu führen, dass der Rechtsweg von den Betroffenen nicht beschritten wird. Der Staat ist in solchen Fällen verpflichtet, die Zugangsschwellen zu senken. Diese Pflicht ist auch in anderen internationalen Menschenrechtsverträgen, die von Deutschland ratifiziert wurden, insbesondere in Art. 2 und 14 des Zivilpakts, der das Recht auf ein faires Verfahren für alle im Hoheitsgebiet des Staates lebende Personen festlegt, verbürgt.<sup>251</sup> Deutschland obliegt es deswegen, die Rechtsweggarantie so auszugestalten, dass der Rechtsweg auch tatsächlich in Anspruch genommen wird.

Ein weiteres Problem ist, dass die Betroffenen selbst ihre Rechte nicht kennen und deswegen Ansprüche, die ihnen aus einem Arbeitsverhältnis zustehen, nicht durchsetzen. In Anerkennung der Tatsache, dass Migrantinnen und Migranten in vielen Fällen wegen der mangelnden Kenntnis der Sprache und des Rechtssystems ihre Ansprüche nicht durchsetzen können, verlangt Art. 33 der Wanderarbeitnehmerkonvention von den Vertragsstaaten, Migrantinnen und Migranten über ihre Rechte aus der Konvention zu informieren. Diese Pflicht trifft neben dem Beschäftigungsstaat auch den Herkunfts- und Durchgangsstaat. Bereits vor der Einreise sollen Migrantinnen und Migranten über „die Voraussetzungen für die Zulassung, ihre Rechte und Pflichten nach den Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten des betreffenden Staates“ aufgeklärt werden, wie es in Art. 33 Abs. 1 b) heißt. Aufklärung über die Rechte und Pflichten bereits vor der Einreise ist ein wichtiges Instrument, um Menschen vor Ausbeutung und Täuschung zu schützen.<sup>252</sup>

Die Pflicht zur Information ist bereits im Jahr 1986 vom Menschenrechtsausschuss in Bezug auf den Zivilpakt hervorgehoben worden. In der allgemeinen Bemerkung Nr. 15 vom 11. April 1986 unterstrich der Ausschuss, dass „der Pakt (...) Ausländern einen uneingeschränkten Schutz bezüglich der garantierten Rechte (gewährt), und die Vertragsstaaten (...) diese Vorschriften in ihrer Gesetzgebung und in ihrer Praxis befolgen (sollten). Die Vertragsstaaten sollen sicherstellen, dass die

<sup>247</sup> Für mehr Informationen dazu siehe: <http://www.migrant-workers-union.org/deutsch/deutsch.htm>.

<sup>248</sup> Siehe Merkblatt für Arbeitgeber zur Vermittlung und Beschäftigung von Saisonarbeitnehmern und Schaustellergehilfen (Stand: Januar 2006).

<sup>249</sup> Bundesagentur für Arbeit: „Leben und Arbeiten in Deutschland“.

<sup>250</sup> Cyrus, (2005), S. 34, und Alscher/Münz/Ozcan (2001), S. 27 für weitere Beispiele.

<sup>251</sup> Der Menschenrechtsausschuss hat in seiner allgemeinen Bemerkung Nr. 13 vom 13.04.1984 ausgeführt, welche allgemeinen Verpflichtungen damit verbunden sind. Siehe: Deutsches Institut für Menschenrechte (2004), S. 56.

<sup>252</sup> Siehe auch Ihme (2004), S. 76f.

Bestimmungen des Paktes und die garantierten Rechte den ihrer Herrschaftsgewalt unterstehenden Ausländern zur Kenntnis gebracht werden kann.“<sup>253</sup> Auch hier zeigt sich, dass Deutschland bereits nach den jetzigen internationalen Verpflichtungen adäquate Informationen für Wanderarbeitnehmerinnen und Wanderarbeitnehmer bereithalten muss.

Zudem kann auch die Abschiebung zur Folge haben, dass Ansprüche nicht weiter verfolgt werden. Aus diesem Grund schreibt die Wanderarbeitnehmerkonvention in Art. 22 Abs. 6 vor, dass im Falle einer Ausweisung dem Betroffenen vor oder nach der Abreise<sup>254</sup> angemessene Gelegenheit zu geben ist, sich alle Lohnansprüche und sonstigen Ansprüche, die er gegebenenfalls hat, abgelenken zu lassen. Auch dies setzt voraus, dass die betroffene Person ihre Rechte kennt.

Deutsche Behörden, insbesondere die Polizei- und Ordnungsbehörden kommen dieser Verpflichtung nur unzureichend nach. Weder bei vor der Einreise eines legal nach Deutschland kommenden Migranten, noch bei der Festnahme eines irregulär in Deutschland lebenden Migranten informieren die Behörden die betroffene Person angemessen über die ihr zustehenden Rechte.

nehmen. Das würde aber das Bekanntwerden ihres Aufenthalts in Deutschlands bedeuten. Die Sozialämter wären dann verpflichtet, die Ausländerbehörden über ihren Aufenthalt zu informieren.

In der Praxis wenden sich deswegen illegale Migrantinnen und Migranten, die nicht über die Mittel zur privaten Finanzierung ärztlicher Behandlung verfügen, an nicht-staatliche Unterstützerstellen. Deren Angebote bestehen überwiegend in größeren Städten.<sup>255</sup> Es ist davon auszugehen, dass viele Frauen, Männer und Kinder in der Illegalität von den alternativen Versorgungsstrukturen nicht erreicht werden. Verschiedene Organisationen haben immer wieder darauf hingewiesen, dass der jetzige Versorgungsstand nicht den erforderlichen medizinischen Standards entspricht.<sup>256</sup> So werden beispielsweise Kinder immer wieder ohne ärztliche Betreuung geboren.<sup>257</sup> Hingewiesen wird auch darauf, dass diese Kinder nicht ausreichend medizinisch betreut werden und insbesondere große Lücken im Impfschutz bestehen. Auch berichten Unterstützungseinrichtungen davon, dass die Patientinnen und Patienten häufig viel länger mit der Behandlung warten, so dass sie dann schwerer erkrankt sind als andere, die mit vergleichbaren Krankheiten, die krankenversichert sind.<sup>258</sup>

### III. Das Recht auf Gesundheit

#### 1. Situation der illegalen Migrantinnen und Migranten

Illegal in Deutschland lebende Migrantinnen und Migranten nehmen das öffentliche Gesundheitssystem häufig nicht in Anspruch. Da sie in der Regel nicht krankenversichert sind, müssten sie zur Inanspruchnahme des Gesundheitssystems Kontakt mit den Sozialämtern auf-

#### 2. Die menschenrechtliche Gewährleistung des Rechts auf Gesundheit

Die Wanderarbeitnehmerkonvention schützt alle Migrantinnen und Migranten in Art. 28 in ihrem Recht auf Gesundheit wie folgt:

„Wanderarbeitnehmer und ihre Familienangehörigen haben das Recht, jede ärztliche Versorgung, die für die Erhaltung ihres Lebens oder die Vermeidung einer nicht wiedergutzumachenden Schädigung ihrer Gesundheit

<sup>253</sup> Deutsches Institut für Menschenrechte (2004), S. 65.

<sup>254</sup> Auch nach der Ausreise können Ansprüche vor deutschen Gerichten geltend gemacht werden. Ist der Kläger oder die Klägerin mittellos, dann können sie auch vom Ausland her Prozesskostenhilfe beantragen (§§ 114 ff. ZPO).

<sup>255</sup> Beispielhaft seien hier die Malteser Migranten Medizin Büros erwähnt, die zunächst nur in Berlin und mittlerweile auch in Köln und München Menschen unterstützen. Siehe zum Beispiel Malteser Hilfsdienst e.V. (2004).

<sup>256</sup> Cloesmann, Stellungnahme der Bundesärztekammer im Innenausschuss des Deutschen Bundestages am 26.06.2006. Siehe auch Entschließung des 108. Deutschen Ärztetages vom 03.-06.05.2005 in Berlin „Medizinische Behandlung von Menschen in Armut ohne legalen Aufenthaltsstatus“. In dem Beschluss heißt es unter anderem: „Oft wird eine lebensnotwendige stationäre Behandlung aus Angst vor Abschiebung vermieden. (...) Die bisher übliche Praxis, die auf der kostenlosen Hilfe einzelner Ärztinnen und Ärzte oder von Krankenhäusern beruht, ist nicht ausreichend und auf Dauer finanziell nicht durchführbar. Eine Kostenübernahme durch die Sozialämter, die dann aber die Abschiebung zur Folge hat, ist keine realistische Lösung. Es ist vielmehr eine staatliche Aufgabe, allen hier lebenden Menschen eine angemessene medizinische Versorgung zu ermöglichen.“, Positionspapier des bundesweiten Arbeitskreises, „Migration und öffentliche Gesundheit“.

<sup>257</sup> Razum/Geiger/Zeeb/Ronellenfisch, (2004), S. 1 des Ausdrucks.

<sup>258</sup> Z.B. Malteser Hilfsdienst e.V. (2004), S. 2.

dringend erforderlich ist, auf der Grundlage der Gleichbehandlung mit den Staatsangehörigen des betreffenden Staates zu erhalten. Diese dringende ärztliche Versorgung darf ihnen wegen einer etwaigen Irregularität in Bezug auf Aufenthalt oder Beschäftigung nicht verweigert werden." Auch wenn die Konvention den Schutzzumfang des Rechts auf Gesundheit eng definiert, da sie nur die dringende ärztliche Versorgung verlangt, so stellt sie zugleich klar, dass der Zugang zu dieser Minimalversorgung unabhängig von der Regularität des Aufenthalts in jedem Fall gewährleistet sein muss.

In zahlreichen anderen internationalen Menschenrechtsverträgen, die Deutschland ratifiziert hat, ist das Recht auf Gesundheit in einem wesentlich weiteren Schutzzumfang normiert: Insbesondere in Art. 12 des Sozialpaktes, aber auch in Art. 5 Buchstabe (e) iv) der Antirassismuskonvention, Art. 12 CEDAW und Art. 24 der Kinderrechtskonvention.

Wie der UN-Sozialausschuss in einer allgemeinen Bemerkung zum Recht auf Gesundheit unterstrichen hat, beinhaltet diese nicht das Recht, gesund zu sein.<sup>259</sup> Diese Staatenverpflichtung wäre unmöglich, weil das Gesundsein eines Menschen von vielen Faktoren abhängig ist, die nicht vom Staat beeinflusst werden können. Das Recht auf Gesundheit ist vielmehr ein inklusives Recht, das sich nicht nur auf eine zeitgerechte und angemessene Gesundheitsfürsorge bezieht, sondern auch auf die zugrunde liegenden Parameter der Gesundheit erstreckt, wie der Zugang zu sauberem Trinkwasser, gesunde Arbeits- und Umweltbedingungen sowie der Zugang zu gesundheitsbezogener Ausbildung und Information. Eine Differenzierung des Umfangs des Rechts auf Gesundheit nach dem aufenthaltsrechtlichen Status der Person kennt der Sozialpakt nicht.

Der UN-Sozialausschuss hat für die Staatenverpflichtungen aus dem Recht auf Gesundheit Folgendes hergeleitet: Medizinische Einrichtung und ärztliche Betreuung müssen für alle in dem Staat lebenden Personen ohne Diskriminierung *zugänglich* sein. Dies heißt insbesondere, dass diese Einrichtungen für besonders schutzbedürftige und an den Rand der Gesellschaft

gedrängte Gruppen, wie zum Beispiel Strafgefangene und irreguläre Migrantinnen und Migranten, zugänglich sein müssen.<sup>260</sup> Der Zugang zu medizinischen Einrichtungen ist dabei noch nicht gewährleistet, wenn der Staat dies rechtlich garantiert. Sie müssen auch tatsächlich zugänglich sein. Das Element der Zugänglichkeit umfasst schließlich noch das Recht, Informationen im Hinblick auf Gesundheitsprobleme zu suchen, zu erhalten und weiterzugeben. Medizinische Einrichtungen müssen darüber hinaus auch *annehmbar* sein, das heißt sie müssen u.a. die Kultur von Minderheiten oder einzelnen Menschen in der Gesundheitsversorgung berücksichtigen.

Aus der Pflichtentrias<sup>261</sup> resultieren für den Staat insbesondere folgende Pflichten:

Die Achtungspflicht beinhaltet u.a., dass der Staat keine Maßnahmen ergreifen darf, die dazu führen, dass der gleiche Zugang zum Gesundheitssystem und zu präventiven, kurativen oder palliativen Leistungen für einige Gruppen verhindert oder erschwert wird. Die Schutzpflicht des Staates umfasst u.a., dass Staaten alle Maßnahmen ergreifen müssen, um besonders schwache Gruppen vor Gewalt von Dritten zu schützen. Dazu gehört auch, dass der Staat Personen davor schützt, dass Dritte nicht den Zugang zu Informationen, die relevant zur Gesundheitsversorgung sind, beschränken. Schließlich beinhaltet die Gewährleistungspflicht, dass der Staat in seiner Politik das Recht auf Gesundheit aller in seinem Hoheitsgebiet lebenden Menschen angemessen berücksichtigt. Er muss Maßnahmen ergreifen, die die Gesundheit der Bevölkerung fördern, aufrechterhalten und wiederherstellen.

### 3. Deutsche Rechtslage

Zwar ist das Recht auf Gesundheit in der Verfassung nicht als Grundrecht normiert, das Sozialstaatsprinzip gemäß Art. 20 GG verpflichtet aber den Staat, für ein menschenwürdiges Existenzminimum für alle zu sorgen.<sup>262</sup> Der Schutz des Einzelnen in Fällen von Krankheit ist in der sozialstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes eine Grundaufgabe des Staates.<sup>263</sup>

<sup>259</sup> General Comment No. 14 (2000), 11.08.2000, E/C.12/2000/4. Für die deutsche Übersetzung siehe Deutsches Institut für Menschenrechte (2004), S. 285ff.

<sup>260</sup> General Comment No. 14, in: Deutsches Institut für Menschenrechte (2004), S. 285ff.

<sup>261</sup> Siehe dazu oben, Kapitel 2.

<sup>262</sup> Siehe Waltermann (2004), 6, Rn. 13ff, für weitere Einzelheiten

<sup>263</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat das zuletzt im Dezember 2005 hervorgehoben: Entscheidung vom 06.12.2005, Az. 1 BvR 347/98, Rn. 52.

Auch der allgemeine Gleichheitssatz ist im Kontext der Gesundheitsversorgung relevant. Gemäß Art. 3 Abs. 1 GG kann jeder verlangen, bei der Vergabe von Sozialleistungen unter Beachtung des Gleichheitssatzes beachtet zu werden.<sup>264</sup> Schließlich stehen unter besonderem Schutz des Staates gemäß Art. 6 Abs. 4 GG Mütter: sie haben Anspruch auf Schutz und Fürsorge der Gemeinschaft.

Bezüglich der Gesundheitsversorgung sind diese Grundsätze einfachgesetzlich insbesondere durch das System der gesetzlichen Krankenkassen konkretisiert worden. Dabei wird nicht zwischen Ausländern und Deutschen unterschieden. Anknüpfungspunkt ist vielmehr, ob eine Person insbesondere aufgrund eines Beschäftigungsverhältnisses versicherungspflichtig ist.<sup>265</sup> Ist eine Person weder privat noch gesetzlich versichert, dann hat sie für die Gesundheitsversorgung einen Anspruch auf Leistungen der Sozialhilfe. Diese entsprechen den Leistungen, die von der gesetzlichen Krankenkasse übernommen werden.<sup>266</sup> Bezüglich der Hilfe bei Krankheit, Hilfe bei Schwangerschaft und Mutterschaft sowie Hilfe zur Pflege unterscheidet der Gesetzgeber ebenfalls nicht zwischen Ausländerinnen und Ausländern einerseits und Deutschen andererseits.<sup>267</sup> Allerdings hat der Bezug von Sozialhilfe Konsequenzen für den Aufenthaltsstatus, denn ein Ausländer oder eine Ausländerin kann ausgewiesen werden, wenn er oder sie für sich oder Familienangehörige Sozialhilfe bezieht.<sup>268</sup>

Vom Anspruch auf Sozialhilfe sind allerdings bestimmte Gruppen von Ausländerinnen und Ausländern ausgeschlossen: Asylbewerberinnen und -bewerber, Personen, die eine Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen oder eine Duldung besitzen, und Personen, die voll-

ziehbar ausreisepflichtig sind, haben nur Ansprüche nach dem Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG), nicht aber nach der Sozialhilfe. Dies gilt in der Regel für die ersten drei Jahre ihres Aufenthalts in Deutschland.<sup>269</sup> Das AsylbLG sieht lediglich eine eingeschränkte Hilfe bei Krankheit vor. Gemäß § 4 AsylbLG werden danach nur solche Leistungen übernommen, die zur Behandlung akuter Erkrankungen und Schmerzzustände erforderlich sind. Die Behandlung chronischer Erkrankungen, die nicht mit Schmerzzuständen verbunden sind, wird dadurch nicht gedeckt. In der Praxis unterscheidet sich der Leistungsumfang nach dem AsylbLG von dem der gesetzlichen Krankenkasse bei der zahnärztlichen Versorgung, bei der psychotherapeutischen Behandlung (die häufig verweigert wird) und bei der Behandlung von chronischen Krankheiten, die nicht mit Schmerzen verbunden sind. Zum Teil legen die zuständigen Behörden und Gerichte den Begriff der Erforderlichkeit einer medizinischen Leistung zur Bekämpfung der Schmerzen sehr eng aus. In der Rechtsprechung finden sich immer wieder Beispiele dafür, dass Operationen, die die Ursache der Schmerzen beheben würden, nicht bewilligt wurden. So wurde eine Hüftoperation nicht für medizinisch notwendig erachtet, wenn die Schmerzen mit Opiaten bekämpft werden können.<sup>270</sup> Im Falle eines Dialysepatienten ist die Nierentransplantation als „nicht erforderlich“ abgelehnt worden.<sup>271</sup>

Voraussetzung für die Inanspruchnahme von Leistungen nach dem AsylbLG ist, dass der Ausländer oder die Ausländerin einen Behandlungsschein bei der zuständigen Behörde (das ist häufig das Sozialamt) beantragt. Diese prüft zum einen die Leistungsberechtigung, zum anderen die medizinische Notwendigkeit der gewünschten Behandlung.<sup>272</sup> Diese Einschätzung wird von medizi-

<sup>264</sup> Für weitere Einzelheiten, Waltermann (2004), S. 6ff.

<sup>265</sup> Die Voraussetzungen für die Aufnahme in die gesetzlichen Krankenkassen sind in § 5 SGB V geregelt. Im Jahr 2003 waren zirka 53 Mio. Menschen Mitglieder der gesetzlichen Krankenkassen. (Quelle: Statistisches Bundesamt, [www.destatis.de](http://www.destatis.de)). Nach Angaben des Bundesverfassungsgericht sind 62 Mio. Menschen in der gesetzlichen Krankenkasse pflichtversichert und 8 Mio. Menschen freiwillig versichert. BVerfG, Urteil vom 06.12.2005.

<sup>266</sup> Entweder werden die Beiträge für die Krankenversicherung vom Sozialamt übernommen (§ 32 SGB XII) oder Sozialhilfeempfänger und -empfängerinnen erhalten die gleichen Leistungen wie Personen, die gesetzlich krankenversichert sind (§§ 47ff SGB XII).

<sup>267</sup> Gemäß § 23 SGB XII wird aber eine Unterscheidung vorgenommen bei sonstigen Leistungen der Sozialhilfe. Danach haben nur Personen, die eine Niederlassungserlaubnis oder einen Aufenthaltstitel besitzen, mit dem sie voraussichtlich dauerhaft in Deutschland leben werden, einen Anspruch auf Leistungen.

<sup>268</sup> § 55 Abs. 2 Nr. 6 AufenthG. In der Regel setzt die Erteilung und Verlängerung eines Aufenthaltstitels voraus, dass der Lebensunterhalt aus eigenen Mitteln bestritten wird, § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG. Dazu gehört auch der ausreichende Krankenversicherungsschutz, § 2 Abs. 3 AufenthG.

<sup>269</sup> Gemäß § 2 Abs. 1 AsylbLG werden nach dreijährigem Aufenthalt Leistungen entsprechend der Sozialhilfe gewährt. Voraussetzung dafür ist, dass die betroffene Person die Dauer ihres Aufenthalts nicht „rechtsmissbräuchlich selbst beeinflusst hat“.

<sup>270</sup> VG Gera, Urteil v. 07.08.2003, Az. 6 K 1849/01 GE, umfassend zur Rechtsprechung zum AsylbLG: Claasen (2005).

<sup>271</sup> OVG Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 28.01.04, Az. 1 O 5/04 1.

<sup>272</sup> Bei unerlaubt in Deutschland lebenden Ausländerinnen und Ausländern prüft die Behörde insbesondere, ob die Voraussetzungen des § 1a AsylbLG vorliegen: Wenn eine Person nach Deutschland einreist, um Leistungen nach dem AsylbLG zu erlangen oder wenn aufenthaltsbeendende Maßnahmen nicht vollzogen werden können, weil die Person dies zu verschulden hat (zum Beispiel indem sie bei der Beschaffung des erforderlichen Passes nicht mitwirkt). In diesen Fällen vermindert sich der Leistungsanspruch auf das nach den Umständen des Einzelfalls unabwendbar Gebotene.

nisch nicht geschulten Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Behörden vorgenommen, so dass es immer wieder zu Auseinandersetzungen über den Leistungsumfang kommt. Bezüglich der Leistungsberechtigung prüft die Behörde auch, ob ein Ausschlussgrund gemäß § 1a AsylbLG vorliegt. Danach können Leistungen an Personen verweigert werden, die nach Deutschland gekommen sind, um Sozialleistungen zu erlangen und bei Personen, die rechtsmissbräuchlich ihre Ausreise verhindern. Leistungen zur dringenden Krankenversorgung werden aber in der Regel gewährt. Darüber hinaus ist die Behörde gemäß § 11 AsylbLG, § 87 Abs. 2 AufenthG verpflichtet, die Daten der Ausländerin oder des Ausländers auch über den Aufenthaltsstatus an die Ausländerbehörde zu übermitteln und mit ihr abzugleichen. Wenn ein Migrant oder eine Migrantin ohne Aufenthaltstitel Leistungen nach dem AsylbLG beantragt, wird der Ausländerbehörde immer der Aufenthalt dieser Person bekannt. Wegen des fehlenden Aufenthaltstitels leitet sie dann aufenthaltsbeendende Maßnahmen ein.<sup>273</sup>

#### 4. Probleme der Durchsetzung des Rechts auf Gesundheit in Deutschland

##### a) Illegale Migrantinnen und Migranten

Illegal in Deutschland lebende Migrantinnen und Migranten haben in der Praxis nur einen sehr eingeschränkten Zugang zur öffentlichen Gesundheitsversorgung im Falle von Krankheit, Verletzung oder Schwangerschaft. Dies ergibt sich daraus, dass sie bestehende Leistungsmöglichkeiten nicht in Anspruch nehmen, weil damit gleichzeitig das Bekanntwerden ihres Aufenthaltsstatus verbunden wäre.<sup>274</sup>

Wenn sie als Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerin arbeiten, sind sie zwar theoretisch krankenversicherungspflichtig und Mitglied einer Krankenversicherung. Da sie aber vom Arbeitgeber nicht gemeldet werden, werden Beiträge nicht abgeführt. Sie müssten also zunächst den Arbeitgeber oder die Arbeitgeberin dazu bringen, das Beschäftigungsverhältnis gegenüber dem Sozialversicherungsträger anzuzeigen. Erst dann könnten sie

Ansprüche, auch rückwirkend bis zu zwei Jahre geltend machen. Wenn eine Verletzung oder Erkrankung Folge eines Arbeitsunfalles ist, dann haben sie Ansprüche aus der Unfallversicherung. Aber der behandelnde Arzt hat gegenüber den Unfallversicherungsträgern eine Meldepflicht, wenn es sich um berufsbedingte Krankheit oder Arbeitsunfähigkeit handelt. Diese wiederum sind zur Zusammenarbeit mit unter anderen den Ausländerbehörden verpflichtet,<sup>275</sup> so dass auch hier die Gefahr besteht, dass der Aufenthalt der Ausländerin oder des Ausländers durch die Inanspruchnahme von Leistungen bekannt wird.

Nicht Voraussetzung für die Inanspruchnahme von Leistungen aus der Unfallkasse ist dagegen, dass der Arbeitgeber oder die Arbeitgeberin der gesetzlichen Verpflichtung nachgekommen ist, den Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin gemäß § 193 Abs. 1 SGB VII anzumelden. In der Praxis kommt es aber häufig vor, dass Arbeitgeber die betroffene Person sofort entlassen, wenn diese krank oder arbeitsunfähig in Folge eines Arbeitsunfalles ist.<sup>276</sup> Die betroffene Person kann dann in der Regel nicht nachweisen, dass sie angestellt tätig war. Auch sind Fälle bekannt geworden, in denen Arbeitgeber den Unfalltod eines Arbeitnehmers vertuschen. So vernichtete der Arbeitgeber eines kasachischen Arbeiters, der im November 2000 auf einer Baustelle starb, alle Ausweispapiere und Dokumente, um die Identität des Kasachen zu verheimlichen.<sup>277</sup>

Für illegale Migrantinnen und Migranten ist es also praktisch kaum möglich, Leistungen aus der gesetzlichen Krankenversicherung oder der Unfallversicherung in Anspruch zu nehmen. In diesen Fällen bliebe einem illegalen Migranten oder einer illegalen Migrantin noch die Möglichkeit, Hilfe nach dem AsylbLG zu beantragen. Da aber dieser Antrag immer damit verbunden ist, dass die zuständige Behörde die Daten mit der Ausländerbehörde abgleicht, so dass der Ausländerbehörde der Aufenthalt bekannt wird, ist mit der Inanspruchnahme der Leistung in der Regel das Ende des Aufenthalts verbunden.

Auch wenn eine illegal in Deutschland lebende Person wegen einer akuten Notfallerkrankung direkt ins Kran-

<sup>273</sup> Gemäß § 50 Abs. 1 AufenthG ist ein Ausländer zur Ausreise verpflichtet, wenn er einen erforderlichen Aufenthaltstitel nicht besitzt. Wenn ein Ausländer nicht freiwillig ausreist und keine Abschiebungshindernisse vorliegen, dann ist er gemäß § 58 Abs. 1 AufenthG abzuschicken.

<sup>274</sup> Der 108. Deutsche Ärztetag hat deswegen in seiner Entschliebung gefordert, dass die Übermittlungspflicht von Daten für öffentliche Krankenhäuser an die Ausländerbehörden aufgehoben wird.

<sup>275</sup> § 211 SGB VII.

<sup>276</sup> Alscher/Münz/Özcan (2001), S. 27, Cyrus (2005), S. 82.

<sup>277</sup> S. Härpfer (2005), S. 22ff.

kenhaus eingeliefert wird, muss sie damit rechnen, dass ihr Aufenthaltsstatus der Ausländerbehörde bekannt wird. Das resultiert daraus, dass in diesem Fall das Krankenhaus gegen das Sozialamt einen Erstattungsanspruch gemäß § 25 SGB XII hat.<sup>278</sup> Zur Glaubhaftmachung dieses Anspruches muss das Krankenhaus dabei auch den Aufenthaltsstatus des Ausländers oder der Ausländerin übermitteln. Dies erfolgt in der Praxis überwiegend erst nach Abschluss der Behandlung. Das Sozialamt ist seinerseits gemäß § 87 Abs. 2 AufenthG und § 71 Abs. 2 Nr. 2 SGB X verpflichtet, diese Daten an die Ausländerbehörde zu übermitteln. Handelt es sich um ein öffentliches Krankenhaus, dann ist es selbst zur Übermittlung der Daten an die Ausländerbehörde verpflichtet, § 87 Abs. 2 AufenthG.

Auch so wird also der Ausländerbehörde der Aufenthalt des illegalen Ausländers oder der illegalen Ausländerin bekannt.<sup>279</sup> Auch bei akuten Erkrankungen meiden daher viele illegale Ausländerinnen und Ausländer öffentliche Krankenhäuser und versuchen, auf klandestine Weise medizinische Versorgung zu erhalten. Trotz einer Vielzahl von Einrichtungen und Unterstützern kommt es dabei immer wieder zu Defiziten, weil die Finanzierung der Behandlung nicht gesichert ist. Beispielhaft ist das Schicksal einer Frau, die wegen einer Senkung der Gebärmutter kaum noch laufen konnte. Die erforderliche Operation konnte nicht durchgeführt werden, weil das Geld fehlte.<sup>280</sup>

#### **b) Informationsdefizite bei der Gesundheitsversorgung von Migrantinnen und Migranten**

Konzepte von Kranksein und Gesundsein sind nicht nur naturwissenschaftlich definiert. Darüber hinaus sind Krankheit und Gesundheit sozial und insbesondere kulturell bestimmt. In der Vergangenheit hat das öffentliche Gesundheitssystem die besonderen Bedürfnisse

von Migrantinnen und Migranten nur unzureichend berücksichtigt.<sup>281</sup>

Kinder mit Behinderungen und Migrationshintergrund erhalten in der Regel nicht die gleiche Förderung wie Kinder mit Behinderungen ohne Migrationshintergrund. Ursache dafür ist die mangelnde Kenntnis der Familien über in Deutschland verbreitete Behandlungsmethoden.<sup>282</sup> Wegen sprachlicher Schwierigkeiten entstehen Unsicherheiten mit Behörden, bei Anträgen, Beratungsstellen und Interessengemeinschaften. Folge ist, dass Kontroll- und Folgeuntersuchungen seltener in Anspruch genommen werden, als dies bei Kindern ohne Migrationshintergrund der Fall ist.<sup>283</sup> Diese Situation, die auch von der Bundesregierung anerkannt wird, ist beispielhaft dafür, dass das deutsche Gesundheitssystem noch nicht angemessen auf das Informationsbedürfnis von Migrantinnen und Migranten reagiert hat und diese noch keinen adäquaten Zugang zu Informationen haben.<sup>284</sup> Das resultiert auch daraus, dass der Staat selbst noch nicht ausreichende Informationen über die Bedürfnisse und Probleme von Migrantinnen und Migranten hat. Erst langsam wird dieses Informationsdefizit aufgeholt.<sup>285</sup> Hervorzuheben sind hier insbesondere die Bemühungen in der Altenpflege, eine interkulturelle Öffnung zu erreichen.<sup>286</sup>

Hier hat der Staat die Pflicht, durch umfassende Informationsangebote, die die kulturellen Kontexte von Familien mit Migrationshintergrund berücksichtigen, die Kenntnis der betroffenen Familien über Behandlungsmethoden für ihre behinderten Kinder zu verbessern.

### **5. Bewertung**

Die bestehende Situation bezüglich der Gesundheitsversorgung von illegalen Migrantinnen und Migranten

<sup>278</sup> Zwar gilt § 25 SGB XII nicht direkt für ausreisepflichtige Ausländer, es ist aber allgemein anerkannt, dass § 25 SGB XII in solchen Fällen analog anzuwenden ist.

<sup>279</sup> Als mögliche „Lösung“ für dieses Problem wird unter anderem empfohlen, eine falsche Adresse anzugeben oder aber falschen Personalangaben zu machen. Darüber hinaus wird den Krankenhäusern empfohlen, die Abrechnung mit den Sozialämtern erst nach Entlassung der Ausländerin zu beginnen und dabei deren Adresse als „unbekannt“ anzugeben. Siehe zum Beispiel Claasen (2005).

<sup>280</sup> Andresen (2005).

<sup>281</sup> Siehe auch Schattenbericht von agisra, der die mangelnde Kenntnis über die Gesundheitsversorgung von Migrantinnen bemängelt. Der Ausschuss zur Überwachung der Rechte der Frauen hat darüber seine Besorgnis ausgedrückt. Siehe dazu oben, Kapitel 3.

<sup>282</sup> Bericht der Beauftragten der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration (2005), S. 141f.

<sup>283</sup> Bericht der Bundesregierung über die Lage behinderter Menschen und die Entwicklung ihrer Teilhabe, 16.12.2004, Bundestagsdrucksache 15/4575.

<sup>284</sup> Über die Fortschritte der interkulturellen Öffnung: Stark, Wolter (2003), S. 92ff.

<sup>285</sup> Z.B. hat die BKK einen Gesundheitswegweiser für Migrantinnen und Migranten herausgegeben, „Gesund Hand in Hand“, August 2005. Die Broschüre steht in verschiedenen Sprachen zur Verfügung.

<sup>286</sup> Bericht der Beauftragten der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration (2005), S. 156.



in Deutschland bleibt hinter den Anforderungen des Sozialpaktes zurück. Zwar ist der Zugang zu medizinischen Einrichtungen rechtlich gewährleistet (wenn auch im Anwendungsbereich des AsylbLG nur für einen beschränkten Leistungsumfang), doch ergeben sich aus dem System von Meldepflichten an die Ausländerbehörden in der Praxis erhebliche faktische Zugangshindernisse für die Betroffenen. Die Bedeutung des faktischen Zugangs zur Gesundheitsversorgung ohne Diskriminierung auch für mittellose Menschen ist vom Sozialausschuss und auch von der Weltgesundheitsorganisation immer wieder hervorgehoben worden.<sup>287</sup> Diese Verpflichtung des Staates gilt insbesondere bei der Versorgung von elementaren Präventions-, Behandlungs- und Rehabilitationsleistungen. Demnach reicht es nicht aus, allein rechtlich festzulegen, dass ein Anspruch auf Zugang zum Gesundheitssystem besteht, wenn gleichzeitig Hürden, wie zum Beispiel die Meldepflicht der Sozialämter an die Ausländerbehörden, bestehen, die dazu führen, dass dieses Recht nicht in Anspruch genommen wird. Deutschland ist daher aus Art. 12 des Sozialpaktes gehalten, ein Verfahren einzuführen, das sicherstellt, dass alle in Deutschland lebenden Menschen tatsächlichen Zugang zur öffentlichen Gesundheitsversorgung haben. Dass dies möglich ist, zeigt das Beispiel von Großbritannien. Dort werden wegen des strengen Datenschutzes keine Daten zwischen den Gesundheitsbehörden und den Ausländerbehörden ausgetauscht.<sup>288</sup> Ein gutes Beispiel ist auch die Praxis in Deutschland, wenn es um die Behandlung von Tuberkulose und sexuell übertragbare Krankheiten geht. In diesen Fällen darf das Gesundheitsamt die betroffene Person anonym behandeln.<sup>289</sup>

An dieser Stelle ist auf Folgendes hinzuweisen: Der Sozialpakt trifft bezüglich seines Schutzzumfanges keine Unterscheidung zwischen irregulären Migrantinnen und Migranten einerseits und anderen Personen andererseits. Vielmehr verpflichtet er die Vertragsstaaten, das Recht auf Gesundheit für alle Gruppen umfassend zu gewährleisten. Anders ist die Regelung in der Wanderarbeitnehmerkonvention. Bezüglich irregulärer Migrantinnen und Migranten verpflichtet sie die Staaten, „jede ärztliche Versorgung für die Erhaltung ihres [der Migranten] Lebens oder die Vermeidung einer nicht

wieder gut zu machenden Schädigung ihrer Gesundheit dringend erforderlich ist, zu gewährleisten.“ Das ähnelt im Regelungsgehalt § 4 AsylbLG. Aber auch hinsichtlich dieses eingeschränkten Schutzzumfanges bestehen aufgrund der Meldepflicht von Sozialbehörden und öffentlichen Einrichtungen an die Ausländerbehörden für irreguläre Migrantinnen und Migranten die eben beschriebenen erheblichen Zugangshindernisse, so dass sie vielfach keine Leistungen gemäß § 4 AsylbLG in Anspruch nehmen, auch wenn diese dringend erforderlich wären.

Auch die Arbeitsbedingungen, unter denen gerade irreguläre Migrantinnen und Migranten in Deutschland arbeiten müssen, sind unter dem Gesichtspunkt des Rechts auf Gesundheit zu beurteilen. So beinhaltet Art. 12 Abs. 2 (b) des Sozialpaktes das Recht auf gesunde Arbeitsbedingungen. Zwar gelten in Deutschland hohe Anforderungen an den Arbeitsschutz und damit an den Gesundheitsschutz. Bei der Durchsetzung des Arbeitsschutzes in Betrieben sind die Behörden in Deutschland aber verpflichtet, mit den Ausländerbehörden zu kooperieren. Dies führt dazu, dass irreguläre Migrantinnen und Migranten sich nicht an die Arbeitsschutzbehörden wenden können, ohne in Gefahr zu laufen, entdeckt und abgeschoben zu werden. Der Schutz vor gesundheitsgefährdenden Arbeitsbedingungen läuft daher für irregulären Migrantinnen und Migranten leer. Auch hier sei auf das britische Beispiel verwiesen, das zeigt, dass eine Trennung zwischen Arbeitsschutz und Ordnungs- und Polizeibehörden möglich ist: Dort können sich auch irreguläre Migrantinnen und Migranten an die Behörden des Arbeitsschutzes wenden, wenn ihre Arbeitsbedingungen schlecht sind. Die Behörden des Arbeitsschutzes dürfen die persönlichen Daten der Migrantinnen und Migranten nicht an die Ordnungs- und Polizeibehörden weitergeben.<sup>290</sup>

In Erfüllung seiner Pflichten aus Art. 12 des Sozialpaktes ist Deutschland darüberhinaus gehalten, die Kenntnis über den Gesundheitszustand von Migrantinnen und Migranten zu verbessern, Formen kulturell angemessener Gesundheitsvorsorge zu entwickeln und Migrantinnen und Migranten über Fragen der Gesundheitsfürsorge angemessen zu unterrichten.

<sup>287</sup> In der Präambel der Verfassung der Weltgesundheitsorganisation wird hervorgehoben, dass das Recht auf Gesundheit ohne Diskriminierung gewährleistet werden muss.

<sup>288</sup> Siehe Cyrus/Düvell/Vogel (2004), S. 45ff. für Details. Zu den Problemen des britischen Systems: Da Lomba (2004), S. 363ff.

<sup>289</sup> § 19 Infektionsschutzgesetz.

<sup>290</sup> Siehe Cyrus/Düvell/Vogel (2004), S. 45ff. für Details.



## IV. Das Recht auf Bildung

### 1. Zugang zu Schulen von Kindern illegal in Deutschland lebender Migrantinnen und Migranten

Kinder von illegal in Deutschland lebenden Migrantinnen und Migranten besuchen in vielen Fällen keine Schule. Grund dafür ist, dass eine erhebliche Rechtsunsicherheit besteht, ob die Anmeldung bei einer Schule dazu führt, dass damit auch der Ausländerbehörde der Aufenthalt des Kindes und der Eltern bekannt wird.<sup>291</sup>

Um den gewöhnlichen Aufenthalt nachzuweisen, müssen die Eltern in vielen Bundesländern Ausweispapiere vorlegen,<sup>292</sup> zum Teil auch eine Meldebescheinigung. Wenn diese Dokumente vorgelegt werden müssen, ist ungeklärt, ob Schulleiter und Schulleiterinnen bei der Aufnahme eines Kindes auch zur Abfrage des Aufenthaltstitels und zur Weitergabe der Kenntnis an die Ausländerbehörde verpflichtet sind. Während die Berliner Regierung diese Pflicht verneint – der Senator für Schule unterstrich in einem Brief, dass für die Einschulung der Nachweis des Aufenthaltstitels nicht erforderlich sei und die bloße Vermutung, dass ein Kind keinen Aufenthaltstitel habe, keine Meldepflicht gemäß § 76 AuslG (heute: § 87 AufenthG) begründe<sup>293</sup> – hat das hessische Kultusministerium die Schulen ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sie zur Meldung eines Kindes ohne Aufenthaltsstatus verpflichtet seien.<sup>294</sup> In Hamburg hat die Schulbehörde die Schulleitungen aufgefordert, für das von der Bürgerschaft beschlossene zentrale Schülerregister auch über jeden Schüler und jede Schülerin Angaben zum Aufenthaltsstatus zu machen.<sup>295</sup>

Illegale Migrantinnen und Migranten haben verschiedene Strategien entwickelt, um ihre Kinder zumindest in die Grundschule schicken zu können: so werden die Kinder als Geschwister von Kindern mit Aufenthaltstitel ausgegeben,<sup>296</sup> teilweise werden die Kinder in nicht-staatlichen Schulen aufgenommen. Dabei ergeben sich

aber auch für die nicht-staatlichen Schulen erhebliche Schwierigkeiten, denn sie können die aufgenommenen Kinder nicht an die Schulbehörde melden und erhalten deswegen weniger Geld als es der tatsächlichen Schülerzahl entspricht.<sup>297</sup> Zum Teil aber schicken Eltern ihre Kinder gar nicht in die Schule, weil sie ein Aufdecken des Aufenthaltes befürchten. So äußerte in einem Interview ein Mann afrikanischer Herkunft sein Unverständnis über die Frage, ob die Kinder ohne Aufenthaltstitel in die Schule geschickt würden. Wie selbstverständlich ging er davon aus, dass Kinder ohne Aufenthaltstitel nicht in die Schule gehen.<sup>298</sup>

Auch wenn es gelingt, das Kind in die Grundschule einzuschulen, so scheinen kaum zu überwindende Schwierigkeiten zu bestehen, wenn es um den Besuch einer weiterführenden Schule geht.<sup>299</sup>

Verlässliche Zahlen darüber, wie viele Kinder von diesen Schwierigkeiten betroffen sind, gibt es nicht.

### 2. Die menschenrechtliche Gewährleistung des Rechts auf Bildung

In der Wanderarbeitnehmerkonvention ist das Recht auf Bildung in Art. 30 normiert. Es wird darin ausdrücklich hervorgehoben, dass wegen der Irregularität des Aufenthalts des Kindes ein unbeschränkter Zugang zu Schulen und Vorschuleinrichtungen unabhängig vom Aufenthaltsstatus bestehen muss.

Das Recht auf Bildung ist in zahlreichen von Deutschland ratifizierten internationalen Verträgen niedergelegt. Hervorzuheben sind hier Art. 13 des Sozialpakts und Art. 28 und 29 der Kinderrechtskonvention, in denen das Recht auf Bildung sehr detailliert enthalten ist.<sup>300</sup> Auf europäischer Ebene ist Art. 2 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK<sup>301</sup> von Bedeutung, der es den Vertragsstaaten verbietet, jemandem vom Zugang zur Bildung auszu-

<sup>291</sup> Siehe ausführlich dazu die Schlussfolgerungen der unabhängigen Zuwanderungskommission aus dem Jahr 2001, S. 197f.

<sup>292</sup> Zum Beispiel Merkblatt des Senats für Jugend, Bildung und Sport, Berlin zur Schulanmeldung 2006.

<sup>293</sup> Brief des Staatssekretärs für Bildung, Jugend und Sport an die Abgeordnete Hartmann vom 05.01.2005.

<sup>294</sup> Nachweis unter: [http://www.jesuiten-fluechtlingsdienst.de/JRS/files/Un-Sonderberichterstatte\\_19022006.pdf](http://www.jesuiten-fluechtlingsdienst.de/JRS/files/Un-Sonderberichterstatte_19022006.pdf) [besucht am 13.03.2006]. Der Hinweis des hessischen Kultusministeriums erfolgte ausdrücklich als Reaktion auf die von Fodor/Peter vertretene Rechtsauffassung, dass Schulleiter und Schulleiterinnen in Hessen nicht zur Weitergabe der Daten verpflichtet seien.

<sup>295</sup> NDR aktuell, unter: [http://193.97.251.176/ndr\\_pages\\_std/0,2570,0ID3182276\\_REF\\_SIX6\\_ETI1,00.html](http://193.97.251.176/ndr_pages_std/0,2570,0ID3182276_REF_SIX6_ETI1,00.html) [besucht am 16.10.2006].

<sup>296</sup> Anderson (2003), S. 75.

<sup>297</sup> Alt (2005), 85, Worbs (2005), S. 20.

<sup>298</sup> Anderson (2005), zitiert den Mann wie folgt: "this is a stupid question... How can somebody illegal send his children to school?", S. 75.

<sup>299</sup> Anderson (2005), S. 75.

<sup>300</sup> Für eine ausführliche Darstellung des Rechts auf Bildung, siehe Motakef (2006).

<sup>301</sup> 1. Zusatzprotokoll zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 20.3.1952, BGBl. 1956 II S. 1880.

schließen. Im Folgenden beschränkt sich die Darstellung auf einen Aspekt des Rechts auf Bildung, der auch in der Wanderarbeitnehmerkonvention enthalten ist: Das ist der diskriminierungsfreie Zugang aller Kinder zur Bildung.<sup>302</sup>

Obwohl das Recht auf Bildung sowohl im Sozialpakt als auch in der Kinderrechtskonvention sehr umfangreich normiert ist, wird dennoch nicht auf den ersten Blick erkennbar, welche Staatenverpflichtungen damit einhergehen.<sup>303</sup> Hier kann die allgemeine Bemerkung des Sozialausschusses zum Recht auf Bildung für die Konkretisierung des Rechts hilfreich sein.<sup>304</sup>

Danach beinhaltet das Recht auf Bildung u.a., dass der Zugang zur Bildung für alle ohne Diskriminierung nicht nur rechtlich, sondern auch tatsächlich bestehen muss.

Aus dem Recht auf Bildung ergeben sich für einen Vertragsstaat bezüglich des diskriminierungsfreien Zugangs zur Bildung folgende Verpflichtungen: Die Achtungspflicht beinhaltet, dass der Staat keine Maßnahmen ergreifen darf, die dazu führen, dass ein Kind keinen oder nur einen eingeschränkten Zugang zum Bildungssystem hat. Die Gewährleistungspflicht beinhaltet, dass ein Staat Maßnahmen ergreifen muss, um den Einzelnen dabei zu unterstützen, sein Recht auf Bildung in Anspruch zu nehmen. Als Beispiel für Verletzungen von Art. 13 nennt der Sozialausschuss u.a., wenn der Staat keine Maßnahmen ergreift, um de-facto-Diskriminierungen zu beseitigen. Im Gegensatz zur direkten Diskriminierung, die direkt darauf abzielt, eine bestimmte Gruppe von Personen auszuschließen, liegt eine de-facto oder indirekte Diskriminierung vor, wenn eine Maßnahme unbeabsichtigt dazu führt, dass eine bestimmte oder bestimmbare Gruppe ausgeschlossen ist.<sup>305</sup>

Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat unterstrichen, dass Art. 2 des 1. Zusatzprotokolls die Vertragsstaaten verpflichtet, niemandem vom Zugang zur Bildung auszuschließen.<sup>306</sup> In einem Urteil aus dem Jahr 2005 hat der Gerichtshof dies ausgeführt. Ein Tschetschene, dessen Kinder vom Schulbesuch ausgeschlossen worden waren, weil sie die für Tschetschenen außerhalb Tschetscheniens erforderliche Migrationskarte nicht besaßen, hatte geklagt. Der Gerichtshof unterstrich die grundlegende Bedeutung von Art. 2 des 1. Zusatzprotokolls: „Das Gericht wiederholt, dass die Vertragsstaaten jedem innerhalb ihres Hoheitsgebiets das Recht auf Zugang zu Bildungseinrichtungen, die zu einer bestimmten Zeit existieren, und die Möglichkeit, von der Bildung zu profitieren, durch offizielle Anerkennung der Studien, garantieren, indem sie sich gemäß Art. 2 des 1. Zusatzprotokolls binden, nicht ‚das Recht auf Bildung zu verweigern‘ (...) Art. 2 des 1. Zusatzprotokolls verbietet die Versagung des Rechts auf Bildung. Diese Vorschrift hat keine ausdrückliche Ausnahme und ihre Struktur ist ähnlich wie die von Art. 2 und 3, Art. 3 Abs. 1 und Art. 7 der Konvention (‚niemand soll ...‘), welche zusammen die grundlegendsten Werte demokratischer Gesellschaften enthalten, die den Europarat ausmachen. In einer demokratischen Gesellschaft spielt das Recht auf Bildung, das unerlässlich ist für die Förderung der Menschenrechte, solch eine grundlegende Rolle, dass eine enge Auslegung des ersten Satzes von Art. 2 des 1. Zusatzprotokolls nicht übereinstimmend wäre mit dem Sinn oder Zweck dieser Vorschrift.“<sup>307</sup> Damit hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte noch einmal eindrucksvoll unterstrichen, welche zentrale Bedeutung das Recht auf Bildung hat.

<sup>302</sup> Siehe Art. 30 der Wanderarbeitnehmerkonvention.

<sup>303</sup> So gehen Fodor/Peters (2005), S. 36 fälschlicherweise davon aus, dass es sich bei Art. 13 des Sozialpakts um bloße Programmsätze handle, deren Adressat die Vertragsstaaten seien.

<sup>304</sup> Allgemeine Bemerkung Nr. 13 des Sozialausschusses zu Art. 13, das Recht auf Bildung vom 08.12.1999, E/C.12/1999/10.

<sup>305</sup> Der Menschenrechtsausschuss hat in der allgemeinen Bemerkung Nr. 18 von 1989 umfassende Hinweise zum Verständnis der Diskriminierungsfreiheit und des Gleichheitsgrundsatzes gegeben. (Deutsches Institut für Menschenrechte (2004), S. 76 ff.

<sup>306</sup> Erstmals ausgeführt im Urteil vom 23.07.1968, Case "Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Language in Belgium".

<sup>307</sup> Übersetzung der Autorin: "The Court reiterates that, by binding themselves not to 'deny the right to education' under Article 2 of Protocol No. 1, the Contracting States guarantee to anyone within their jurisdiction a right of access to educational institutions existing at a given time and the possibility of drawing, by official recognition of the studies which he has completed, profit from the education (...).

Article 2 of Protocol No. 1 prohibits the denial of the right to education. This provision has no stated exceptions and its structure is similar to that of Articles 2 and 3, Article 4 § 1 and Article 7 of the Convention ("No one shall..."), which together enshrine the most fundamental values of the democratic societies making up the Council of Europe. In a democratic society, the right to education, which is indispensable to the furtherance of human rights, plays such a fundamental role that a restrictive interpretation of the first sentence of Article 2 of Protocol No. 1 would not be consistent with the aim or purpose of that provision" Timishev / Russland, Urteil vom 13.12.2005, Abs. 65f.

### 3. Das Recht auf Bildung in Deutschland

In Deutschland ist die Einrichtung und Ausgestaltung der Schulen und Bildungseinrichtungen Aufgabe der Bundesländer. Dementsprechend finden sich im Grundgesetz nur punktuelle Regelungen zur Schule. So enthält Art. 7 GG kein Recht auf Bildung.<sup>308</sup> Dennoch wird dem Grundgesetz überwiegend eine allgemeine Schulpflicht entnommen, denn nur so kann der Staat seinem Bildungs- und Erziehungsauftrag nachkommen. Als Kehrseite der allgemeinen Schulpflicht wird ein Recht auf Zugang zur Pflichtschule abgeleitet, das aus Kapazitätsgründen nicht eingeschränkt werden darf.<sup>309</sup> Dabei wird hervorgehoben, dass der staatliche Bildungs- und Erziehungsauftrag gemäß Art. 7 Abs. 1 GG ganz wesentlich dem durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Recht des Kindes auf freie und menschenwürdige Entfaltung seiner Persönlichkeit diene. Darüber hinaus gebieten das Sozialstaatsprinzip und der Gleichheitsgrundsatz in Art. 3 GG die Herstellung von Chancengleichheit im staatlichen Bildungs- und Erziehungswesen. Dabei bedeutet Chancengleichheit, dass jeder Schülerin und jedem Schüler grundsätzlich die gleichen Chancen zur Persönlichkeitsentwicklung eingeräumt werden müssen.<sup>310</sup>

So definiert das Bundesverfassungsgericht die Aufgabe des Staates wie folgt: Der Staat soll auf der Grundlage der Ergebnisse der Bildungsforschung bildungspolitische Entscheidungen treffen und im Rahmen seiner finanziellen und organisatorischen Möglichkeiten ein Schulsystem bereitstellen, das den verschiedenen Begabungsrichtungen Raum zur Entfaltung lässt, sich jedoch von jeder „Bewirtschaftung des Begabungspotentials“ freihält. Zu diesem System gehört die von einem allgemeinen Konsens getragene „für alle gemeinsame Grundschule“ von mindestens vier Jahren.<sup>311</sup>

Auf Landesebene ist das Recht auf Bildung nicht in allen Landesverfassungen enthalten.<sup>312</sup>

Einfachgesetzlich regeln die Landesschulgesetze die Schulpflicht. Damit korrespondiert ein Recht des Kindes auf Zugang zur Schule, wenn es unter die Schulpflicht fällt.<sup>313</sup>

Die Voraussetzungen für die Schulpflicht sind in den Landesgesetzen unterschiedlich geregelt. Nur zwei Schulgesetze erstrecken die Schulpflicht ausdrücklich auch auf ausreisepflichtige Kinder: Nordrhein-Westfalen und Bayern.<sup>314</sup> Darüber hinaus bestimmen die Schulgesetze der Länder Berlin, Brandenburg und Thüringen, dass auch Kinder von Geduldeten oder Asylbewerbern schulpflichtig sind.<sup>315</sup> Die anderen Schulgesetze knüpfen die Schulpflicht an den gewöhnlichen Aufenthalt oder den Wohnsitz des Kindes.<sup>316</sup>

Dem Wortlaut nach fallen auch Kinder ohne Aufenthaltstitel, die nicht nur vorübergehend in Deutschland leben, unter den Begriff „gewöhnlicher Aufenthalt“.<sup>317</sup> Dabei bestehen, zum Teil innerhalb eines Bundeslandes, erhebliche Unsicherheiten, ob Kinder ohne Aufenthaltstitel ein Recht auf Zugang zur Schule haben, das mit einer Schulpflicht korrespondiert. Darüber hinaus besteht Unsicherheit darüber, ob Schulleitung, Lehrerinnen und Lehrer verpflichtet sind, Informationen über den illegalen Aufenthalt an die Ausländerbehörde weiterzugeben.

### 4. Bewertung

Das Recht des Kindes auf Bildung, wie es in der Kinderrechtskonvention und im Sozialpakt enthalten ist, ist für Kinder ohne Aufenthaltsstatus in Deutschland nicht

<sup>308</sup> Art. 7 GG enthält folgende Rechte: Das Recht der Religionsgemeinschaften, in staatlichen Schulen Religionsunterricht zu erteilen und das Recht zur Errichtung privater Schulen.

<sup>309</sup> Das ist vom Bundesverfassungsgericht bestätigt worden: BVerfG NVwZ 1997, 781.

<sup>310</sup> Ausführlich dazu: Langenfeld (2001), S. 223f, 388.

<sup>311</sup> BVerfG, Beschluss vom 16.4.2002, Az. 1 BvR 279/02.

<sup>312</sup> Art. 11 Abs. 1 LVerf Baden-Württemberg, Art. 128 LVerf Bayern, Art. 20 LVerf Berlin, Art. 29 LVerf Bremen, Art. 8 LVerf MV, Art. 8 Abs. 1 LVerf NRW, Art. 4 LVerf Niedersachsen, Art. 102 Abs. 1 LVerf Sachsen, Art. 25 Abs. 1 LVerf Sachsen-Anhalt, Art. 205 Abs. 1 LVerf Thüringen enthalten das Recht auf Bildung. In einigen Landesverfassungen ist lediglich die allgemeine Schulpflicht normiert: So Art. 56 LVerf Hessen, Art. 8 LVerf Schleswig-Holstein.

<sup>313</sup> BVerfG NVwZ 1997, S. 781.

<sup>314</sup> § 34 Abs. 6 SchulG NRW, Stand: 15.02.2005. § 35 Abs. 2 des Bayerischen Gesetzes über das Erziehungs- und Unterrichtswesen (BayEUG).

<sup>315</sup> § 41 Abs. 2 SchulG Berlin, § 36 Abs. 2 SchulG BB, für eine umfassende Darstellung der Rechtslage für Flüchtlinge: terre des hommes (2005).

<sup>316</sup> So zum Beispiel § 56 SchulG Hessen, § 72 Abs. 1 SchulG BW, § 52 SchulG Bremen, § 26 Abs. 1 SchulG Sachsen, § 36 SchulG Sachsen-Anhalt, § 56 Abs. 1 SchulG RP, die u.a. an den gewöhnlichen Aufenthalt anknüpfen. § 40 Abs. 1 SchulG SH knüpft an die Wohnung der Person an. § 46 Abs. 1 SchulG MV, § 17 SchulG Thüringen.

<sup>317</sup> So auch Worbs (2005), S. 19.

umfassend verwirklicht. Aufgrund der Meldepflicht beziehungsweise des Zweifels, ob eine Meldepflicht von Schulen an die Ausländerbehörden besteht, schicken illegale Migrantinnen und Migranten ihre Kinder häufig nicht in die Schule; den Kindern wird dadurch ihr Recht auf Bildung verwehrt. Zudem besteht in den Bundesländern, die zur Bestimmung der Schulpflicht ausschließlich an den gewöhnlichen Aufenthalt anknüpfen, Zweifel, ob dort Kinder ohne Aufenthaltsstatus ein Recht auf Schulzugang haben. Hier bestehen über die tatsächlichen Zugangshürden hinaus bereits rechtliche Hindernisse bei der Gewährleistung des Rechts auf Bildung. Insbesondere wenn es um die Aufnahme in weiterbildende Schulen geht, scheint es zudem erhebliche Probleme zu geben.

Der Sozialpakt verlangt von den Staaten, dass rechtliche Zugangshürden und faktische Hürden beim Zugang zum Recht auf Bildung beseitigt werden. Auch Art. 2 des 1. Zusatzprotokolls der EMRK verlangt von den Staaten, dass das Recht auf Bildung niemandem versagt werden darf. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat dabei die Bedeutung des Rechts auf Bildung hervorgehoben, das für eine demokratische Gesellschaft grundlegend ist. Er unterstrich, dass das Recht auf Bildung einem Kind nicht deswegen versagt werden darf, weil es keine Aufenthaltsgenehmigung besitzt. In Deutschland bestehen in einigen Bundesländern rechtliche Zugangshürden für Kinder ohne Aufenthaltstitel, eine Schule zu besuchen: für sie besteht keine Schulpflicht, so dass sie die Aufnahme in eine Schule nicht verlangen können. Darüber hinaus besteht in Deutschland Rechtsunsicherheit über die Frage, ob die Schulleiterinnen und -leiter, wenn sie ein Kind ohne Aufenthaltstitel aufnehmen, dazu verpflichtet sind, die Informationen über den Aufenthalt an die Ausländerbehörden weiterzugeben. Das hat zur Konsequenz, dass viele Eltern, die ohne Aufenthaltstitel in Deutschland leben, ihre Kinder nicht in die Schule schicken. Als Ausfluss menschenrechtlicher Schutzpflichten aus dem Recht auf Bildung sind die Bundesländer verpflichtet, sicherzustellen, dass Eltern ihren Kindern nicht aus Angst vor aufenthaltsbeendenden Maßnahmen den Zugang zu Schulbildung verweigern.

Die Bundesländer sind daher aus dem Recht auf Bildung gehalten, einerseits die rechtlichen Zugangshürden durch eine entsprechende klarstellende Regelung der Schulpflicht abzubauen. Zum anderen sollten sie zur Erfüllung ihrer Schutzpflichten aktive Maßnahmen ergreifen, um bei illegalen Migranten für den Schulbesuch ihrer Kinder zu werben.

Die Wanderarbeitnehmerkonvention kann hier eine wichtige Auslegungshilfe für das Recht auf Bildung

darstellen, weil sie hervorhebt, dass Kinder von Wanderarbeitnehmerinnen und Wanderarbeitnehmern ein Recht auf Zugang zu Vorschuleinrichtungen und Schulen unabhängig von ihrem Aufenthaltsstatus haben müssen.

## V. Fazit

Dieses Kapitel hat einige Lücken in der Verwirklichung der Menschenrechte von Migrantinnen und Migranten in Deutschland aufgezeigt. Untersucht wurden die Rechte in der Arbeit, das Recht auf Gesundheit und das Recht auf Bildung.

Trotz detaillierter arbeitsrechtlicher Regelungen sind Migrantinnen und Migranten in Deutschland in der Praxis in Arbeitsverhältnissen immer wieder mit Ausbeutung und inakzeptablen Arbeitsbedingungen konfrontiert. Gerade irreguläre Migrantinnen und Migranten haben faktisch kaum eine Möglichkeit, sich mit staatlicher Hilfe dagegen zur Wehr zu setzen. Dies liegt zum einen daran, dass sie ihre Rechte nicht kennen. Auch von staatlicher Seite werden sie nicht über ihre Rechte aufgeklärt. Zum anderen setzen sie ihre Rechte nicht gerichtlich durch, weil sie befürchten müssen, dadurch ihren Aufenthalt in Deutschland preisgeben zu müssen. Aber auch regulär in Deutschland arbeitende Migrantinnen und Migranten werden von staatlicher Seite nicht ausreichend über ihre ihnen in der Arbeit zustehenden Rechte informiert. Dies zeigt das Beispiel von Saisonarbeitnehmerinnen und -nehmer, die weder vor ihrer Einreise nach Deutschland noch während ihres Aufenthalts von staatlichen Stellen, seien es die deutschen Botschaften und Konsulate oder die Bundesagentur für Arbeit, informiert werden. Diese Defizite stehen im Widerspruch zu völkerrechtlichen Verpflichtungen Deutschlands unter anderem aus dem UN-Sozialpakt. Die Wanderarbeitnehmerkonvention, die die Rechte in der Arbeit und daraus resultierende staatliche Informationspflichten noch einmal explizit für die spezifische Situation von Migrantinnen und Migranten benennt, ist hier ein hilfreiches Instrument, um die bereits bestehenden Verpflichtungen zu verdeutlichen.

Illegal in Deutschland lebende Migrantinnen und Migranten sind besonders gefährdet, wenn sie krank oder verletzt sind oder ein Kind erwarten. Für sie bestehen erhebliche faktische Zugangsschranken bei der Wahrnehmung der gesetzlich garantierten Leistungen der Gesundheitsfürsorge. Das resultiert daraus, dass – von Sonderfällen im Rahmen des Infektionsschutzgesetzes abgesehen – nur diejenige Person ohne Aufenthaltstitel staatliche Hilfe bei Erkrankung, Verletzung oder Schwan-



gerschaft erhält, die zugleich ihre Identität und damit, bedingt durch das System der Meldepflichten zwischen Sozial- und Ausländerbehörden, die Illegalität ihres Aufenthalts preisgibt. In Konsequenz dieser Preisgabe droht dieser Person – nach medizinischer Behandlung oder Geburt des Kindes – die Ausweisung und Abschiebung. Wegen dieser Verknüpfung staatlichen Gesundheitsschutzes und staatlichen Ordnungsrechts vermeiden illegal in Deutschland lebende Migrantinnen und Migranten nicht nur den Kontakt mit staatlichen Stellen, sondern suchen bei einer Erkrankung oder Verletzung oder Schwangerschaft wesentlich seltener und oft später ärztliche Hilfe. Das hat zum Teil gravierende Folgen für ihre Gesundheit. Eine nicht flächendeckende und unvollkommene Gesundheitsversorgung für diese Personengruppe existiert momentan nur wegen des Engagements kirchlicher und nichtstaatlicher Einrichtungen.

Dies steht im Widerspruch zu völkerrechtlichen Verpflichtungen Deutschlands insbesondere aus dem UN-Sozialpakt. Die Wanderarbeitnehmerkonvention, die das Recht auf Gesundheit wesentlich enger definiert als der UN-Sozialpakt, kann hier ein wichtiger Merkposten dafür sein, was im Falle des Rechts auf Gesundheit das menschenrechtliche Minimum darstellt. Die momentane Gesundheitsversorgung von illegal in

Deutschland lebenden Migrantinnen und Migranten erfüllt aufgrund der Zugangsschranken dieses menschenrechtliche Minimum nicht.

Schließlich zeigt sich, dass Kinder, die ohne Aufenthaltsstatus in Deutschland leben, häufig keinen Zugang zur Schule haben. Gelingt es den Eltern teilweise noch, ihren Kindern den Grundschulbesuch zu ermöglichen, so scheint der Zugang zur weiterführenden Schule für statuslose Kinder gänzlich verschlossen.

Auch diese Situation verstößt gegen menschenrechtliche Verpflichtungen, die sich für Deutschland insbesondere aus dem Sozialpakt, der Kinderrechtskonvention und dem 1. Zusatzprotokoll zur EMRK ergeben. Auch hier könnte die Wanderarbeitnehmerkonvention, die das Recht auf Bildung für die spezifische Situation von Migrantinnen und Migranten definiert, hilfreicher Maßstab sein, um die Verpflichtung, Kindern ohne Aufenthaltstitel den Zugang zum Bildungssystem zu eröffnen, zu unterstreichen.

Die drei behandelten Problemfelder geben kein vollständiges Bild der menschenrechtlichen Situation von Migrantinnen und Migranten. Sie zeigen aber besonders gravierende Probleme, die dringend einer Lösung bedürfen.

## 5 Gründe der Bundesregierung gegen eine Ratifizierung der Wanderarbeitnehmerkonvention

Die Bundesregierung hat bereits in den Verhandlungen zur Wanderarbeitnehmerkonvention Bedenken gegen eine derartige Konvention erhoben. Zunächst hob sie hervor, dass die ILO das geeignete Forum für eine solche Konvention sei. Dies gelte insbesondere für Regelungen, die die Arbeitsausgestaltung betrifft. In der Arbeitsgruppe, die von der UN-Generalversammlung zwischen 1980 und 1990 eingesetzt war, um die Wanderarbeitnehmerkonvention zu entwerfen, äußerte Deutschland immer wieder Vorbehalte gegen einzelne Regelungen, insbesondere bei der Normierung der Rechte für irreguläre Migrantinnen und Migranten.<sup>318</sup> Wegen der erheblichen Vorbehalte gegen die Konvention enthielt sich Deutschland in der Generalversammlung bei der Abstimmung über die Wanderarbeitnehmerkonvention.

Von allen Bundesregierungen seit 1990 sind folgende Argumente gegen die Ratifizierung der Konvention geäußert worden:

Die Wanderarbeitnehmerkonvention schaffe Anreize für die irreguläre Migration, weil sie irreguläre und reguläre Migranten gleichstelle. Darüber hinaus beziehe sie Personengruppen in ihren Schutzbereich ein, deren Situation nicht vergleichbar mit der von Migrantinnen und Migranten sei. Drittens vermische die Konvention Menschenrechte mit technischen Details. Viertens enthalte die Wanderarbeitnehmerkonvention Regelungen, die mit dem deutschen Recht nicht übereinstimmen.<sup>319</sup> Und schließlich habe kein Mitgliedsstaat der EU die Konvention unterzeichnet oder ratifiziert. Gerade im Bereich der Migration sei es aber zentral, eine europaweit einheitliche Vorgehensweise zu erreichen.<sup>320</sup>

In diesem Kapitel erfolgt eine genauere Auseinandersetzung mit den Bedenken der Bundesregierung.

### I. Gleichstellung von irregulären mit regulären Migrantinnen und Migranten?

Die Bundesregierung hat immer wieder unterstrichen, dass die Wanderarbeitnehmerkonvention zu einer Gleichstellung von irregulären mit regulären Migrantinnen und Migranten führen würde. Dabei wurde insbesondere hervorgehoben, dass die Konvention nicht zwischen rechtmäßig und unrechtmäßig in Deutschland lebenden Personen differenziere. Zudem stelle die Konvention einen erheblichen Anreiz für einen irregulären Aufenthalt dar, weil sie auf eine völlige Legalisierung des Arbeitsaufenthalts von Personen abziele, die sich unerlaubt in Deutschland aufhielten. Damit beraube sie die Staaten der Möglichkeit, den Zugang und den Aufenthalt von Wanderarbeitnehmern wirksam zu gestalten.<sup>321</sup>

Diese Auffassung ist aus der Wanderarbeitnehmerkonvention selbst nicht ableitbar. Das ergibt sich insbesondere aus drei im Zusammenhang stehenden Aspekten. Erstens begreift sich die Konvention selbst als Mittel zur Bekämpfung von irregulärer Migration. Zweitens unterstreicht die Konvention das Recht des Staates, die Zulassung von Ausländerinnen und Ausländern zu ihrem Staatsgebiet und zu ihrem Arbeitsmarkt frei zu regeln. Die Konvention enthält keine Norm zur Legalisierung von irregulären Migrantinnen und Migranten und verleiht diesen kein Aufenthaltsrecht. Drittens

<sup>318</sup> Siehe dazu auch oben, Kapitel 2, I.

<sup>319</sup> Siehe für die Einwände insbesondere die Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der PDS, BT-Drucksache 14/1181.

<sup>320</sup> Auskunft des Arbeitsstabs Menschenrechte, Auswärtiges Amt, am 10.11.2005.

<sup>321</sup> Stellungnahme des BMI vom 07.02.2005 an das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit im Rahmen des Petitionsverfahrens zur Ratifizierung der Wanderarbeitnehmerkonvention.



ergeben sich durch die Rechte, die die Konvention den irregulären Migrantinnen und Migranten zuschreibt, keine Gleichstellung mit regulären.

### 1. Die Wanderarbeitnehmerkonvention als Mittel zur Bekämpfung irregulärer Migration

Die Konvention selbst beschäftigt sich mit der Frage, wie irreguläre Migration bekämpft werden kann. Bereits in der Präambel unterstreicht sie, dass „einer Beschäftigung von Wanderarbeitnehmern, deren Status nicht geregelt ist, auch dadurch entgegengewirkt wird, dass die grundlegenden Menschenrechte aller Wanderarbeitnehmer eine weitergehende Anerkennung finden und dass außerdem durch die Gewährung bestimmter zusätzlicher Rechte an diejenigen Wanderarbeitnehmer und ihre Familienangehörigen, deren Status geregelt ist, alle Wanderarbeitnehmer und alle Arbeitgeber ermutigt werden, die Gesetze und Verfahren des betreffenden Staates zu beachten und sich danach zu richten.“

Damit ordnet sich die Konvention selbst auch als ein Instrument zur Bekämpfung der irregulären Migration ein. Als Mittel wählt sie das ‚Empowerment‘ der irregulären Migrantinnen und Migranten. Dahinter steht der Gedanke, dass die Arbeitgeber von irregulären Migranten das Interesse an deren Beschäftigung verlieren, wenn diese ihre Rechte und Ansprüche kennen und auch die Möglichkeit haben, diese Ansprüche durchzusetzen. Wenn eine Person ihre Rechte kennt, kann sie nicht mehr in der Form ausgebeutet werden, wie dies der Fall ist, wenn eine Person ausschließlich auf die Information des Arbeitgebers angewiesen ist. Für den Arbeitgeber bedeutet dies umgekehrt, dass die Beschäftigung eines irregulären Migranten oder einer irregulären Migrantin mit dem Risiko behaftet ist, dass sie Ansprüche, die ihnen gesetzlich zustehen, geltend machen. Damit verteuert sich die Arbeit der irregulär Beschäftigten. Ein wesentlicher Anreiz für die Beschäftigung Irregulärer würde wegfallen: die billige Arbeitskraft.

Würde darüber hinaus in Deutschland nach Kontrollen der Finanzbehörden der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin den Lohn einklagen, so hätte der Arbeitgeber über die anfallenden Bußgelder hinaus weitere finanzielle Belastungen. Auch dadurch würde sich die Arbeit verteuern.

Auch wenn Menschenrechte nie utilitaristisch zu verstehen sind und jedem Menschen kraft seines Menschseins zustehen, so ist dennoch zu beachten, dass das Empowerment ein Aspekt bei der Bekämpfung illegaler Migration sein kann.

### 2. Das Recht des Staates, Migration zu kontrollieren

Die Wanderarbeitnehmerkonvention unterstreicht darüber hinaus in drei Artikeln das Recht der Staaten, die Einreise und die Anwesenheit von Ausländerinnen und Ausländern frei zu regeln. In Art. 35 der Konvention wird hervorgehoben, dass sich aus den Bestimmungen der Konvention, die die Rechte von irregulären und regulären Migranten gleichermaßen betreffen, kein Recht auf Legalisierung des Aufenthaltsstatus ableiten läßt. Darüber hinaus fordert die Konvention die Vertragsstaaten in Art. 68 auf, gemeinsame Maßnahmen zu ergreifen, um illegale und heimliche Wanderung und Beschäftigung zu unterbinden. Diese Maßnahmen sind gemäß Art. 68:

- Maßnahmen gegen die Verbreitung irreführender Auskünfte betreffend Auswanderung und Zuwanderung,
- Maßnahmen zur Aufdeckung und Unterbindung illegaler und heimlicher Wanderungen von Wanderarbeitnehmern und ihren Familienangehörigen und zur Verhängung wirksamer Sanktionen gegen Personen, Gruppen oder Stellen, die solche Wanderungen organisieren oder durchführen oder dabei behilflich sind,
- Maßnahmen zur Verhängung wirksamer Sanktionen gegen Personen, Gruppen oder Stellen, die mit Gewalt, Drohung oder Einschüchterung gegen Wanderarbeitnehmer oder ihre Familienangehörigen, deren Status nicht geregelt ist, vorgehen,
- Maßnahmen, um die Beschäftigung von irregulären Migranten zu unterbinden, auch durch Sanktionen gegen den Arbeitgeber. Dabei müssen aber die Rechte, die der Migrant gegen den Arbeitgeber hat, gewahrt bleiben.

Schließlich regelt Art. 79, dass keine Bestimmung der Konvention das Recht eines Staates berührt, die Kriterien für die Zulassung von Wanderarbeitnehmern und ihren Familienangehörigen festzulegen.<sup>322</sup>

<sup>322</sup> So auch Vanheule, Foblets, Loones, Bouckaert, (2005), S. 299.



Gleiches gilt für den Zugang zum Arbeitsmarkt. Bereits die Definition des regulären Migranten in Art. 5 a) setzt voraus, dass der Staat bestimmt, welche Person eine Arbeitserlaubnis erhält. Lediglich Personen, die bereits eine Arbeitserlaubnis für eine bestimmte Tätigkeit besitzen, haben unter sehr engen Voraussetzungen gemäß Art. 52 der Konvention einen Anspruch auf unbeschränkten Zugang zum Arbeitsmarkt. Insbesondere die in Art. 52 Abs. 3 a) und b) genannten Voraussetzungen stimmen mit der geltenden deutschen Rechtslage, hier besonders mit § 9 BeschVerfV, der den unbeschränkten Zugang zum Arbeitsmarkt regelt, überein.

### 3. Rechte der irregulären Migrantinnen und Migranten

Die Rechte, die gleichermaßen für irreguläre und reguläre Migrantinnen und Migranten gelten, sind in Art. 8–33 der Konvention geregelt. Wenn man die einzelnen Rechte dahingehend analysiert, ob dadurch die Stellung der Ausländerinnen und Ausländer ohne Aufenthaltstitel, die sich in Deutschland aufhalten, über das bestehende Recht hinaus gestärkt wird, so ergibt sich folgendes Bild. Nur drei Artikel enthalten Vorschriften, die über die heute bereits für Ausländerinnen und Ausländer ohne Aufenthaltstitel in Deutschland geltenden Vorschriften hinausgehen.

- (1) So schreibt Art. 17 Abs. 3 der Konvention vor, dass Personen, die wegen Verstoßes gegen ausländerrechtliche Vorschriften in Haft gehalten werden, soweit möglich, von Verurteilten oder Untersuchungsgefangenen getrennt unterzubringen sind. In ihrer Regelung über die Trennung von Abschiebungshäftlingen von anderen Häftlingen stimmt die Konvention dabei mit dem Entwurf über eine Richtlinie zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger (im Folgenden „Rückführungsrichtlinie“) überein, den die EU-Kommission im September 2005 vorgelegt hat. Danach sind Abschiebungshäftlinge getrennt von anderen Häftlingen unterzubringen.<sup>323</sup>

In Deutschland kann gemäß § 62 AufenthG eine Person ohne strafrechtliche Verurteilung in Abschie-

bungshaft genommen werden, um die Durchsetzung der Abschiebung zu sichern. Danach kann ein Ausländer für bis zu 18 Monate inhaftiert werden. In Deutschland werden Abschiebungshäftlinge in der Regel gemeinsam mit Untersuchungs- oder Strafgefangenen untergebracht. Diese Praxis ist immer wieder von Nichtregierungsorganisationen kritisiert worden.<sup>324</sup>

- (2) Art. 22 Abs. 3 verlangt von den Vertragsstaaten, dass die Entscheidung über die Ausweisung in einer dem Ausländer verständlichen Sprache übermittelt wird. Ähnliches schlägt auch die EU-Kommission im Entwurf der Rückführungsrichtlinie vor: Danach sollen Drittstaatsangehörige über die Entscheidung in einer ihnen verständlichen Sprache belehrt werden, wenn sie dies wünschen.<sup>325</sup>

In Deutschland ist das in dieser allgemeinen Form nicht geregelt. Das deutsche Recht sieht lediglich in § 82 Abs. 3 AufenthG vor, dass der Ausländer auf seine Rechte und Pflichten hingewiesen werden soll. In der Praxis haben die Bundesländer zu einzelnen Fragen, wie Rechtsmittel und Abschiebung, Merkblätter in verschiedenen Sprachen erstellt.<sup>326</sup>

- (3) Art. 22 Abs. 8 verbietet es, dem Ausländer oder der Ausländerin, die abgeschoben wird, Kosten der Ausweisung, die über die Reisekosten hinausgehen, in Rechnung zu stellen. Legt man den Begriff der Ausweisung eng aus, so stimmt das deutsche Recht mit Art. 22 Abs. 8 überein. Wenn man allerdings unter Ausweisung auch die zwangsweise Durchsetzung der Ausweisung, also die Abschiebung versteht, dann steht § 66 Abs. 1 AufenthG dazu im Widerspruch. Danach sind dem Ausländer die Kosten der Abschiebung in Rechnung zu stellen. Dabei handelt es sich gemäß § 67 AufenthG um die Beförderungskosten, die Verwaltungskosten, die bei der Vorbereitung und Durchführung der Abschiebung entstanden sind, einschließlich der Übersetzungs- und Dolmetscherkosten und der Ausgaben für die Unterbringung und Verpflegung der abzuschiebenden Person, und um die Kosten für eventuell erforderliche amtliche Begleitung. Nach deutschem Recht ist ein

<sup>323</sup> Art. 14 Abs. 3, 15 des Entwurfes der Kommission über eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger vom 01.09.2005, KOM (2005) 391 endgültig (Rückführungsrichtlinie). Zudem beschränkt der Entwurf die maximale Dauer der Abschiebungshaft auf sechs Monate.

<sup>324</sup> Z.B. Stellungnahme von Pro Asyl und amnesty international vom 27.09.2005.

<sup>325</sup> Art. 13 Abs. 2 des Entwurfes der Rückführungsrichtlinie.

<sup>326</sup> Z.B. das Land Berlin. In den Vorläufigen Anwendungshinweisen des Landes Berlin werden die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Ausländerbehörde verpflichtet, die Übergabe der Merkblätter aktenkundig zu machen. S. B90 der vorläufigen Anwendungshinweise.

Ausländer, der abgeschoben wird, also mit enormen Kosten belastet.<sup>327</sup> Der Ausländer haftet aber dann nicht für die Abschiebungskosten, wenn er illegal beschäftigt war. In diesen Fällen muss der Arbeitgeber für die Kosten aufkommen (§ 67 Abs. 4 AufenthG).

Schließlich bedürfen einige wenige Vorschriften der Wanderarbeitnehmerkonvention der genauen Auslegung, um ihren Schutzgehalt zu erfassen. So bestimmt Art. 22 Abs. 9 der Konvention, dass sich eine Ausweisung nicht nachteilig auf Ansprüche, die der Migrant oder die Migrantin während ihres Aufenthaltes erworben hat, auswirken darf. Diese sind regelmäßige Ansprüche gegen den Arbeitgeber auf Nachzahlung des Lohnes oder auf adäquate Vergütung der geleisteten Arbeit. Gleichzeitig bestimmt aber Art. 22 Abs. 6 der Konvention, dass im Falle der Ausweisung den Betroffenen entweder vor oder nach der Abreise angemessen Gelegenheit zu geben ist, alle Ansprüche, die sie gegebenenfalls haben, zu regeln. Das bedeutet, dass einer zügigen Ausweisung und Abschiebung dann nichts im Wege steht, wenn sichergestellt ist, dass die Betroffenen auch aus dem Ausland ihre Rechte angemessen geltend machen können.

Es ist deswegen im Ausweisungsverfahren darauf hinzuweisen, dass eventuell bestehende Lohnansprüche vor einem deutschen Arbeitsgericht eingeklagt werden können und man sich durch eine andere Person vertreten lassen kann. Zudem sollte den Betroffenen Gelegenheit gegeben werden, mit einer Rechtsanwältin oder einem Rechtsanwalt vor der Abreise zu sprechen, so dass die Aussagen in einem eventuellen Klageverfahren eingebracht werden können.

Alle anderen in der Wanderarbeitnehmerkonvention geregelten Rechte, insbesondere die Rechte in der Arbeit, das Recht auf Zugang zu Schulen und das Recht auf Zugang zu dringender ärztlichen Versorgung sind auch in anderen menschenrechtlichen Verträgen enthalten, die Deutschland bereits ratifiziert hat. Bereits nach diesen Verträgen ist Deutschland verpflichtet, den tatsächlichen Zugang von irregulären Migrantinnen und Migranten zu diesen Rechten zu gewährleisten.<sup>328</sup>

#### 4. Bewertung

Aus alledem ergibt sich Folgendes: soweit die Konvention in einzelnen Rechten irreguläre mit regulären Migran-

tinnen und Migranten gleichstellt, resultiert das daraus, dass auch Irreguläre unveräußerliche Menschenrechte haben, die ein Staat immer achten muss. Diese Gleichstellung ist auch in anderen menschenrechtlichen Verträgen enthalten. Über diese Rechte hinaus differenziert die Konvention zwischen regulären und irregulären Migrantinnen und Migranten und unterstreicht, dass jeder Staat das Recht hat, den Zugang von Migranten zu regeln.

## II. Ist der geschützte Personenkreis zu weit?

Die Bundesregierung hat darüber hinaus mitgeteilt, dass nach ihrer Auffassung der geschützte Personenkreis der Wanderarbeitnehmerkonvention zu weit sei. Insbesondere seien die Regelungen für selbstständige Wanderarbeitnehmer, projektgebundene Wanderarbeitnehmer und Grenzgänger verfehlt.

### 1. Projektgebundene Wanderarbeitnehmer

In Art. 62 erstreckt die Wanderarbeitnehmerkonvention die Rechte, die regulär im Land lebenden Migrantinnen und Migranten gewährt werden, mit einigen Einschränkungen auch auf projektgebundene Arbeitnehmerinnen und -nehmer. Dabei handelt es sich um solche Personen, die von ihrem Arbeitgeber mit Sitz im Ausland in den Beschäftigungsstaat entsandt werden, um dort eine bestimmte Aufgabe auszuführen. Nach deutschem Recht werden diese Personen gemäß § 36 BeschV entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer genannt. Dazu hat die Bundesregierung selbst Folgendes ausgeführt:

„Den auf der Grundlage der bilateralen Vereinbarungen beschäftigten Werkvertragsarbeitnehmern darf die Arbeitserlaubnis wie anderen ausländischen Arbeitnehmern aus Nicht-EU-Ländern nur erteilt werden, wenn sie nicht zu ungünstigeren Arbeitsbedingungen als vergleichbare deutsche Arbeitnehmer beschäftigt werden (vgl. auch § 285 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB III).

Werkvertragsarbeitnehmer sind im Übrigen auch als entsandte Arbeitnehmer im Sinne des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG) anzusehen. Sie haben deshalb auch nach geltender Rechtslage Anspruch auf die

<sup>327</sup> Dies kann insbesondere, wenn der Ausländer danach wieder einreisen will, zum Beispiel wegen Eheschließung oder Familienbesuch, zu erheblichen Problemen führen.

<sup>328</sup> Siehe Kapitel 4 für eine ausführliche Diskussion.

in Artikel 3 der EU-Entsenderichtlinie aufgeführten gesetzlich geregelten Arbeitsbedingungen, wie z.B. die Vorschriften über Sicherheit und Gesundheit am Arbeitsplatz einschließlich Arbeitszeitschutzrecht, bezahlten Mindestjahresurlaub, Arbeitnehmerüberlassung oder Gleichbehandlung von Männern und Frauen am Arbeitsplatz.

In dem für die Entsendeproblematik zentralen Baubereich haben entsandte Werkvertragsarbeitnehmer aus den Mittel- und osteuropäischen Staaten (MOE-Staaten) und der Türkei – ebenso wie entsandte EU-Arbeitnehmer – nach § 1 AEntG zusätzlich mindestens Anspruch auf die dort aufgeführten, in allgemeinverbindlichen Tarifverträgen geregelten Arbeitsbedingungen; praktisch relevant sind hier derzeit die tarifvertraglichen Regelungen über Mindestlohn und Urlaub (entsprechend dem Urlaubskassensystem der Bauwirtschaft).

Bezüglich aller dieser gesetzlichen und tarifvertraglichen Arbeitsbedingungen ist durch § 8 AEntG den entsandten Arbeitnehmern zusätzlich zu den bereits im Heimatland bestehenden Klagemöglichkeiten die Möglichkeit eröffnet worden, ihren Anspruch auch vor den deutschen Arbeitsgerichten einzuklagen.<sup>329</sup>

Zu den projektgebundenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern führt die Bundesregierung darüber hinaus aus, dass jedenfalls bezüglich der Ausgestaltung der Sozialversicherungspflicht die in Deutschland geltende Rechtslage mit den Vorschriften der Wanderarbeitnehmerkonvention übereinstimmt.<sup>330</sup>

Die Bundesregierung hat also selbst unterstrichen, dass entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer inländischen Arbeitskräften gleichzustellen sind. Genau diesem Anliegen will die Wanderarbeitnehmerkonvention Rechnung tragen, wenn sie die entsandten Arbeitnehmer und Projektarbeitnehmer in ihren Schutzbereich mit einschließt.

Soweit die Wanderarbeitnehmerkonvention darüber hinaus auch den Familienangehörigen von projektgebundenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern Teilhaberechte einräumt, kommen diese nur zum tragen, wenn der Beschäftigungsstaat die Einreise der Familienangehörigen erlaubt. Dies unterstreicht Art. 36 der Konvention, der festlegt, dass die Rechte des Abschnitts 4

nur für diejenigen Familienangehörigen gilt, die über die erforderlichen Dokumente verfügen oder deren Status im Beschäftigungsstaat geregelt ist.

Nach deutschem Recht besteht ein Recht auf Familiennachzug für projektgebundene Arbeitnehmerinnen und -nehmer gemäß § 30 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG nur dann, wenn die Ehe schon vor der Einreise bestand, der Ausländer voraussichtlich länger als ein Jahr in Deutschland leben wird und er zudem in der Lage ist, für sich und seine Familie aus eigenen Mitteln aufzukommen.

## 2. Selbständige Wanderarbeiter

Die Bundesregierung hat zudem bemängelt, dass sich der Schutz der Konvention auch auf selbständige Wanderarbeiter erstreckt.

Die Wanderarbeitnehmerkonvention erstreckt in Art. 63 die Rechte für regulär im Land lebende Migrantinnen und Migranten auch auf selbständig Tätige. Davon ausgenommen sind die Rechte, die ausschließlich für Arbeitnehmerinnen und -nehmer gelten. Diese betreffen insbesondere das Recht auf Gewerkschaftsbildung in Art. 40 und den Zugang zu den Leistungen, die nur ein Arbeitnehmer erhält. Das ist in Deutschland zum Beispiel der Zugang zur Arbeitsförderung, der nur Arbeitnehmerinnen und -nehmern zusteht.<sup>331</sup>

Die Konvention definiert den selbständigen Wanderarbeiter gemäß Art. 2 Abs. 2 h) als eine Person, die einer bezahlten Tätigkeit außerhalb eines Arbeitsvertrags nachgeht. Zudem ist derjenige selbständiger Wanderarbeitnehmer, der nach nationalem Recht als selbständig definiert wird.

In Deutschland sind Arbeitsgerichte immer wieder mit der Frage konfrontiert, wann ein Arbeitsverhältnis und wann eine Selbständigkeit vorliegt. Dabei sind die Begriffe zunehmend schwimmend. So hat das Bundesarbeitsgericht festgestellt, dass bestimmte Tätigkeiten sowohl als Arbeitnehmer als auch als Selbständiger erbracht werden können.<sup>332</sup> Teilweise werden Personen als Selbständige beauftragt, obwohl sie in ihrer Tätigkeit alle Merkmale des Arbeitnehmers aufweisen. In vielen Fällen dient diese Vertragsausgestaltung auch dazu, die Sozialversicherungspflicht zu umgehen. In

<sup>329</sup> Antwort der Bundesregierung auf die kleine Anfrage der PDS, BT-Drs. 14/1181 vom 17.06.1999.

<sup>330</sup> Ebenda.

<sup>331</sup> § 3 Abs. 1 SGB III und § 1 SGB IV.

<sup>332</sup> BAG Urteil des BAG vom 19. November 1997 – 5 AZR 653/96. EzA BGB § 611 Nr. 63.

diesen Fällen der Scheinselbständigkeit ordnet die Rechtsprechung diese Verträge als Arbeitsverträge ein.

Das Problem der Scheinselbständigkeit hat seit dem Beitritt der neuen EU-Staaten deutlich zugenommen. Da die Arbeitnehmerfreizügigkeit für eine Übergangsfrist beschränkt wurde, Selbständige aber Freizügigkeit genießen, beobachten Kontrollbehörden einen Anstieg von Scheinselbständigen insbesondere im Baugewerbe. In einem Bericht der Bundesregierung wird dabei festgestellt: „(r)egelmäßig stünden hinter diesen Scheinselbstständigen so genannte Service-Agenturen, die den Scheinselbstständigen die kaufmännische Organisation ihres Handels abnehmen, die Aufträge akquirieren, die Scheinselbstständigenkolonnen zusammenstellen, die Abrechnungen erstellen usw. (...) Gearbeitet werde von den scheinselbstständigen ‚Fliesenlegern‘ sodann aber auf allen Feldern des Baugewerbes, in der Regel gegen äußerst kargen ‚Unternehmerlohn‘ von neun Euro und weniger.

Nach den Feststellungen des Niedersächsischen Ministeriums für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr verrichten besonders im Baugewerbe und auch in der fleischverarbeitenden Industrie die im Rahmen von Werkverträgen beschäftigten – insbesondere ausländischen – Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer über die engen legalen werkvertraglichen Grenzen hinaus Arbeiten gegen Entgelt in den auftraggebenden Firmen. Hierbei werden bisweilen keine oder weit untertarifliche Löhne gezahlt und darüber hinaus die Beitrags- und Meldepflichten der Sozialversicherung außer Acht gelassen.“<sup>333</sup>

Schließlich kennt das Gesetz aber auch Selbständige, die wie Arbeitnehmer zu schützen sind. Dies sind insbesondere die arbeitnehmerähnlichen Personen. Obwohl sie nicht dem Weisungsrecht der beauftragten Person unterliegen, sind sie doch wirtschaftlich vom Auftraggeber abhängig. Deswegen unterliegen sie in weiten Teilen der Sozialversicherungspflicht.<sup>334</sup> Besteht Unklarheit darüber, ob eine Person selbständig arbeitet oder Arbeitnehmerin ist, so kann sie eine Feststellungsklage vor dem Arbeitsgericht erheben, um diese Frage klären zu lassen.

Indem die Wanderarbeitnehmerkonvention selbständige Wanderarbeiter in den Schutzbereich der Konven-

tion einbezieht, trägt sie den Schwierigkeiten, die bei der Abgrenzung zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen besteht, Rechnung. Das ist sinnvoll, denn in diesem Bereich können ebenso ausbeuterische Verhältnisse vorkommen wie in abhängigen Arbeitsverhältnissen. Auch hier benötigen die Migrantinnen und Migranten also Schutz. Darüber hinaus können sich auch klassische Selbständige in der Situation befinden, dass sie auf den besonderen Schutz des Staates angewiesen sind. Dies kann zum Beispiel bezüglich der in Art. 43 Abs. 1 d) und e) der Konvention genannten Rechte gelten; auch einem selbständigen Migranten ist der Zugang zum sozialen Wohnungsbau und zu Sozial- und Gesundheitsdiensten zu gewährleisten.

Das ist in Deutschland gewährleistet. Beim Zugang zu Leistungen der Grundsicherung wird keine Unterscheidung zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen getroffen.

### III. Technische Details in der Wanderarbeitnehmerkonvention?

Die Bundesregierung bemängelt, dass die Wanderarbeitnehmerkonvention technische Details enthält, ohne dies zu konkretisieren.

Dem ist entgegenzuhalten, dass es teilweise genauerer Regelungen zum Verständnis eines Rechts bedarf und dass technische Regelungen auch in anderen Menschenrechtsverträgen üblich sind. So befasst sich die Konvention unter anderem mit Fragen der Sozialversicherung von Migrantinnen und Migranten und mit Fragen des Zugangs zu sozialen Leistungen des Staates. Bezüglich der Sozialversicherungen ist eine Ausführung des Rechts auf soziale Sicherheit, wie es auch in Art. 9 des Sozialpaktes enthalten ist, gerade für Migrantinnen und Migranten sehr wichtig, denn sie sind mit besonderen Problemen konfrontiert. In vielen Staaten ist die Sozialversicherungspflicht mit bestimmten Beschäftigungszeiten verknüpft. Migrantinnen und Migranten unterliegen der Gefahr, dass sie ihre Ansprüche im Heimatland wegen ihrer Abwesenheit verlieren, gleichzeitig aber nicht vom Sozialversicherungssystem des Beschäftigungsstaates profitieren, weil sie die dortigen Voraussetzungen nicht erfüllen.<sup>335</sup> Deswegen ist es zentral

<sup>333</sup> Unterrichtung durch die Bundesregierung – Zehnter Bericht der Bundesregierung über die Auswirkungen des Gesetzes zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung – BillBG –, 20.07.2005, BT-Drs. 15/5934.

<sup>334</sup> § 8 Abs. 2 SGB IV. Ausführlicher dazu: Schaub (2002), S. 76ff.

<sup>335</sup> Siehe dazu auch ILO (2004), S. 77.

für sie, dass sie den gleichen Zugang wie Staatsangehörige des Beschäftigungsstaates zum Sozialversicherungssystem haben, dass sie ihre erworbenen Rechte und Anwartschaften behalten, wenn sie das Land verlassen und dass sie auch von den Anwartschaften, die sie eventuell in verschiedenen Ländern gesammelt haben, profitieren.<sup>336</sup> Im Rahmen der EU ist dies schon frühzeitig erkannt worden. Dort wird durch die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 *zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern*, und der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 *über die Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 zwecks Angleichung der Ansprüche und Vereinfachung der Verfahren* geregelt, dass diejenigen, die in verschiedenen Staaten der Europäischen Union arbeiten, ihre sozialversicherungsrechtlichen Ansprüche von einem Staat in den anderen mitnehmen können und durch den Aufenthalt in verschiedenen Staaten keine Nachteile erleiden.

Darüber hinaus enthalten auch andere menschenrechtliche Verträge, die von Deutschland ratifiziert wurden, sehr technische Regelungen. Beispielhaft dafür ist die Frauenrechtskonvention CEDAW, die in Art. 10 die Staaten unter anderem dazu verpflichtet, sicherzustellen, dass „jede stereotype Auffassung in Bezug auf die Rolle von Mann und Frau auf allen Bildungsebenen und in allen Unterrichtsformen durch Förderung der Koedukation und sonstiger Erziehungsformen, die zur Erreichung dieses Zieles beitragen, insbesondere auch durch Überarbeitung von Lehrbüchern und Lehrplänen und durch Anpassung der Lehrmethode“ beseitigt wird. Solche detaillierten Regelungen sind erforderlich, um die Verpflichtungen, die sich aus allgemeinen Grundsätzen ergeben, zu konkretisieren. Die Regelungen der Wanderarbeitnehmerkonvention gehen in ihrer Konkretheit nicht über das hinaus, was auch in anderen internationalen Menschenrechtsverträgen üblich ist.

Im Übrigen hat die Bundesregierung in der Vergangenheit bei vergleichbaren Vertragswerken ein Interesse an der präzisen Formulierung von Verpflichtungen formuliert. Bezüglich der revidierten Europäischen Sozialcharta bemängelt sie, dass die dort verankerten Verpflichtungen nicht ausreichend konkret seien, so dass für die Bundesregierung nicht erkennbar sei, welches diese Verpflichtungen seien.<sup>337</sup>

#### IV. Regelungen, die mit deutschem Recht nicht übereinstimmen

Die Bundesregierung hat darüber hinaus geäußert, dass viele Regelungen der Konvention nicht mit dem deutschen Recht übereinstimmen. Eine Analyse der Konvention bestätigt dies nicht. Wie bereits oben unter II. dargestellt, gehen nur drei Bestimmungen über das deutsche Recht hinaus, soweit Regelungen für alle Migrantinnen und Migranten getroffen werden. Darüber hinaus lässt die Konvention den Staaten in vielen Bereichen einen breiten Gestaltungsspielraum. Insbesondere ermöglicht sie eine Differenzierung nach Art und Dauer des Aufenthaltes einer Person.

Bei der Ausgestaltung der Rechte, die Migrantinnen und Migranten zustehen, die sich regulär im Beschäftigungsstaat aufhalten, hat sich die Wanderarbeitnehmerkonvention zwar dem ersten Eindruck nach gegen eine Differenzierung nach Art und Dauer des Aufenthalts entschieden. Sie hat lediglich für Grenzgänger, Saisonarbeitnehmer und projektgebundene und entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer Unterschiede bezüglich der zu gewährenden Rechte vorgesehen. Damit scheint die Wanderarbeitnehmerkonvention auf den ersten Blick nicht dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der Aufenthalt im Beschäftigungsstaat sowohl von sehr unterschiedlicher Dauer sein kann als auch sehr unterschiedliche Motive haben kann. Je länger eine Person im Beschäftigungsstaat lebt, desto mehr verändern sich ihre Bedürfnisse und die Anforderungen, die an ihren Aufenthalt zu knüpfen sind.

Tatsächlich trägt aber auch die Wanderarbeitnehmerkonvention diesen Umständen Rechnung. So bestimmt sie in Art. 43 der Konvention, dass jeder reguläre Migrant und jede reguläre Migrantin unter anderem Zugang zu folgenden Einrichtungen und Leistungen des Staates haben muss:

- Zugang zu Bildungseinrichtungen und – angeboten,
- Zugang zur Berufsberatung und Arbeitsvermittlung,
- Zugang zu Angeboten und Einrichtungen der beruflichen Bildung und Umschulung.

Diese Angebote können aber nur von einer Person in Anspruch genommen werden, deren Aufenthalt nicht

<sup>336</sup> ebenda.

<sup>337</sup> Unterrichtung durch die Bundesregierung, Bericht der Bundesregierung über den Stand der Unterzeichnung und Ratifikation europäischer Abkommen und Konventionen durch die Bundesrepublik Deutschland für den Zeitraum Juli 2003 bis Juni 2005, 25.10.2005, S. 4., BT-Drs. 16/21.

an eine bestimmte Tätigkeit geknüpft ist. Genau dies lässt aber die Wanderarbeitnehmerkonvention zu: In Art. 51 stellt sie zwar als Regel auf, dass ein Wanderarbeitnehmer seinen Aufenthaltstitel nicht schon deswegen verlieren darf, weil seine Tätigkeit endet. Gleichzeitig unterstreicht die Konvention aber, dass das nicht für diejenigen gelten soll, deren Aufenthaltstitel von Anfang an an die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit geknüpft war. Mit anderen Worten: Die Wanderarbeitnehmerkonvention lässt die Verknüpfung des Aufenthaltsstatus an eine bestimmte Tätigkeit zu. Eine solche Person kann keine Leistungen der Berufsberatung und Arbeitsvermittlung in Anspruch nehmen, ebenso wenig wie sie einen Anspruch auf Angebote und Einrichtungen der beruflichen Umschulung hat. Weder für eine andere Tätigkeit noch für eine Umschulung ist ihr der Aufenthalt im Beschäftigungsstaat erlaubt.

Damit liegt der Wanderarbeitnehmerkonvention bei den Regelungen des Abschnitts 4, der sich mit den Rechten von regulären Migrantinnen und Migranten beschäftigt, der gleiche Gedanke zugrunde wie dem Aufenthaltsgesetz: beide gehen davon aus, dass die Bedürfnisse, Rechte und Pflichten von Personen größer werden, je länger sie im Beschäftigungsstaat leben.

So wünscht die Wanderarbeitnehmerkonvention, dass einem Ausländer oder einer Ausländerin nach spätestens fünf Jahren des Aufenthalts die Möglichkeit gewährt werden soll, freien Zugang zum Arbeitsmarkt zu haben. Ähnlich ist es im deutschen Recht geregelt. Danach soll ein Ausländer oder eine Ausländerin, der oder die zwar ursprünglich nur nachrangigen Zugang<sup>338</sup> zum Arbeitsmarkt hatte, nach drei Jahren der Beschäftigung einen freien Arbeitsmarktzugang haben.<sup>339</sup>

Auch das deutsche Sozialrecht richtet sich in den Leistungen, die es gewährt, in Grundzügen nach der Dauer und Art des Aufenthaltes eines Ausländers oder einer Ausländerin. So sind Migrantinnen und Migranten, die mit einer Niederlassungserlaubnis in Deutschland leben, Deutschen im Sozialrecht gleichgestellt. Je unsicherer und kürzer aber der zu erwartende Aufenthalt in Deutschland ist, desto mehr weicht der Gesetzgeber von diesem Grundsatz ab.

Das Bundesverfassungsgericht hat diese Vorgehensweise im Jahr 2004 im Grundsatz für verfassungsgemäß erklärt.<sup>340</sup> In der Frage, ob Migrantinnen und Migranten vom Kindergeldanspruch ausgeschlossen werden können, wenn ihr Aufenthalt in Deutschland nur ein vorübergehender ist, hat das Bundesverfassungsgericht geurteilt, dass dies grundsätzlich möglich sei. Dabei unterstrich es aber, dass die Einschätzung, ob eine Person für eine längere Dauer in Deutschland bleibe, nicht pauschal nach dem Aufenthaltstitel erfolgen dürfe. Ähnlich hat deswegen das Bundessozialgericht entschieden, dass eine dauerhaft in Deutschland lebende Hausangestellte eines ausländischen, entsandten Diplomaten Anspruch auf Erziehungsgeld hat.<sup>341</sup> Das deutsche Recht knüpft aber häufig pauschal an den Aufenthaltstitel an, um die Leistungsberechtigung zu bestimmen. So sind Menschen, die mit einer Duldung in Deutschland leben, insbesondere wenn sie Leistungen nach dem AsylbLG beziehen, von vielen Sozialleistungen ausgeschlossen, ohne dass damit der Tatsache Rechnung getragen wird, dass geduldete Menschen teilweise schon seit mehr als zehn Jahren in Deutschland leben. Im Rahmen dieses Systems stimmen einige Rechte, die in der Wanderarbeitnehmerkonvention enthalten sind, tatsächlich nicht mit dem einfachen deutschen Recht überein. Dabei ist aber auch fraglich, ob die Regelungen des deutschen Rechts mit dem Grundgesetz übereinstimmen.<sup>342</sup>

## V. EU-Recht und die Wanderarbeitnehmerkonvention

Die Bundesregierung hat immer wieder betont, dass sie auch deswegen die Wanderarbeitnehmerkonvention nicht ratifizieren wird, weil es einer europäischen Harmonisierung der Migrationspolitik bedarf und die Bundesregierung in dieser wichtigen Frage nicht isoliert von den anderen europäischen Staaten handeln möchte. Das aber, so die Bundesregierung, würde sie tun, wenn sie als einziger EU-Mitgliedstaat die Wanderarbeitnehmerkonvention ratifizieren würde. Weder das EU-Primärrecht noch das Sekundärrecht lassen diesen Schluss zu. Im Primärrecht hebt Art. 63 des EU-Vertra-

<sup>338</sup> Unter nachrangigem Zugang versteht das Gesetz gemäß § 39 Abs. 2 AufenthG, dass nur dann die Zustimmung zum Aufenthaltstitel gewährt werden darf, wenn kein Deutscher, EU-Bürger oder Drittstaatsangehöriger mit unbeschränktem Zugang zum Arbeitsmarkt für die Stelle in Betracht kommt.

<sup>339</sup> § 9 BeschVerfV.

<sup>340</sup> BVerfG, 1 BvL 4/97 vom 06.07.2004

<sup>341</sup> Bundessozialgericht im Urteil vom 23.09.2004, B 10 EG 2/04 R.

<sup>342</sup> Siehe umfassend dazu auch Bericht der Beauftragten der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration (2005), S. 528ff.



ges ausdrücklich hervor, dass keine der Maßnahmen, die vom Rat zur Harmonisierung der Migrationspolitik beschlossen werden, die Mitgliedstaaten daran hindert, in den betreffenden Bereichen innerstaatliche Bestimmungen beizubehalten oder einzuführen, die mit diesem Vertrag und mit internationalen Übereinkünften vereinbar sind. Auch das Sekundärrecht steht einer Ratifizierung nicht entgegen. Bisher haben sich die Mitgliedstaaten auf folgende Richtlinien einigen können, die für die Rechte von Migrantinnen und Migranten von Bedeutung sein können:

Grundlegend ist die Richtlinie aus dem Jahr 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft.<sup>343</sup> In einer Verordnung aus dem Jahr 2003 ist geregelt worden, dass Drittstaatsangehörige wie EU-Staatsangehörige ihre Rechte und Anwartschaften aus Sozialversicherungen von einem EU-Land in das andere mitnehmen können.<sup>344</sup> Damit sind legal in einem EU-Staat lebende Drittstaatsangehörige EU-Bürgern bezüglich der Sozialversicherung gleichgestellt.

In einer Richtlinie aus dem Jahr 2003<sup>345</sup> sind die Rechte derjenigen Migrantinnen und Migranten aus einem Drittstaat definiert worden, die sich länger als fünf Jahre in einem EU-Staat aufhalten. Sie werden bezüglich vieler sozialer Rechte mit EU-Staatsangehörigen gleichgestellt. Zudem wird ihr Schutz vor Abschiebung gestärkt.

Ebenfalls im Jahr 2003 wurde eine Richtlinie zur Familienzusammenführung<sup>346</sup> angenommen, die zwar als restriktiv kritisiert wurde,<sup>347</sup> aber unter bestimmten Voraussetzungen ein Recht auf Familienzusammenführung einführt. Damit geht sie über die Wanderarbeitnehmerkonvention hinaus, denn diese fordert die Staaten nur auf, die Familienzusammenführung wohlwollend zu prüfen.

Fragen, nach welchen Kriterien Migrantinnen und Migranten zum Arbeitsmarkt in der EU zuzulassen sind, wurden von der EU bisher nicht im Rahmen von Gesetzgebungsverfahren behandelt. Die EU-Kommission hat in einem im Januar 2005 vorgestellten Grünbuch zur Arbeitsmigration bestimmte Bereiche der Arbeitsmigration thematisiert und unter anderem die EU-Mitgliedstaaten dazu um Stellungnahme gebeten, nachdem eine Richtlinie, die im Jahr 2001 vorgeschlagen wurde, gescheitert war.<sup>348</sup> Im Dezember 2005 hat sie außerdem einen strategischen Plan zur legalen Einreise vorgelegt.<sup>349</sup>

Keiner der bisher angenommenen Sekundärrechtsakte enthält Regelungen, die denen der Wanderarbeitnehmerkonvention entgegenstehen. Auch der jetzt vorgelegte Vorschlag der Rückführungsrichtlinie<sup>350</sup> enthält keine Bestimmungen, die nicht mit der Wanderarbeitnehmerkonvention übereinstimmen würde. Vielmehr unterstreicht sie, wie die Wanderarbeitnehmerkonvention, dass Personen, die in Abschiebungsgewahrsam genommen werden, getrennt von Straf- und Untersuchungshäftlingen untergebracht werden müssen. Bestimmte Verfahrensrechte, die die Wanderarbeitnehmerkonvention enthält, werden allerdings nicht vom Entwurf aufgenommen. Dies betrifft insbesondere die Kostenregelung. Da der Richtlinienentwurf aber ausdrücklich günstigere Regelungen unangetastet lässt, steht auch er einer Ratifizierung der Wanderarbeitnehmerkonvention nicht entgegen.

Diese Beispiele zeigen, dass der europäische Harmonisierungsprozess kein Argument dafür ist, die Wanderarbeitnehmerkonvention nicht zu ratifizieren. Entsprechend hat auch das Europäische Parlament immer wieder die Mitgliedstaaten aufgefordert, die Wanderarbeitnehmerkonvention zu ratifizieren.<sup>351</sup> Richtig ist allein,

<sup>343</sup> Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000, ABl. 2000 L 280/22. Diese Richtlinie nimmt das Ausländerrecht explizit aus ihrem Regelungsgehalt aus.

<sup>344</sup> Verordnung (EG) Nr. 859/2003 des Rates vom 14. Mai 2003 zur Ausdehnung der Bestimmungen der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 und der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 auf Drittstaatsangehörige, die ausschließlich aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit nicht bereits unter diese Bestimmungen fallen.

<sup>345</sup> Richtlinie 2003/109/EG des Rates vom 25. November 2003 betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen.

<sup>346</sup> Richtlinie 2003/86/EG des Rates vom 22. September 2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung.

<sup>347</sup> Siehe dazu oben, 1. Kapitel III 2.

<sup>348</sup> Greenpaper on an EU approach to economic migration, Brussels, KOM(2004) 811 final, 11.01.2005.

<sup>349</sup> Mitteilung der Kommission, Strategischer Plan zur legalen Einwanderung, KOM (2005) 669 endg.

<sup>350</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, KOM(2005) 391 endgültig 2005/0167 (COD).

<sup>351</sup> Z.B. Entschließung des Europäischen Parlaments zu dem EU-Konzept zur Verwaltung der Wirtschaftsmigration (KOM (2004) 0811 – 2005/2059/INI), vom 26.10.2005.





dass derzeit auch kein anderer Mitgliedstaat der EU die Wanderarbeitnehmerkonvention ratifiziert hat.<sup>352</sup>

---

## VI. Fazit

Die Vorbehalte der Bundesregierung halten einer näheren Prüfung nicht stand. Bereits heute ist Deutschland durch verschiedene menschenrechtliche Verträge verpflichtet, die Rechte von Migrantinnen und Migranten zu schützen. Die Wanderarbeitnehmerkonvention geht über diesen bereits existierenden Schutz in den meisten Bereichen nicht hinaus. Nur in wenigen Punkten, zum Beispiel der Ausgestaltung der Abschiebehaft, geht sie über bestehende internationale Verpflichtungen hinaus. Dadurch werden aber keine Anreize zur irregulären Migration geschaffen. Vielmehr kann die Stärkung der betroffenen Personen eine wichtige Strategie zur Bekämpfung irregulärer Migration sein. Dies unterstreicht auch die Wanderarbeitnehmerkonvention.

Die Wanderarbeitnehmerkonvention differenziert angemessen zwischen verschiedenen Gruppen von Migrantinnen und Migranten und den diesen Gruppen zustehenden Rechten. Alle in der Konvention genannten Personengruppen bedürfen während des Migrationsprozesses des Schutzes. Deswegen lässt sich aus der Konvention nicht ableiten, dass der Kreis der geschützten Personen zu weit sei.

Wie andere menschenrechtliche Verträge enthält die Wanderarbeitnehmerkonvention neben menschenrechtlichen Grundsätzen auch technische Details. Damit unterscheidet sie sich nicht von anderen Menschenrechtsverträgen.

Schließlich steht auch die europäische Harmonisierung der Migration der Wanderarbeitnehmerkonvention nicht entgegen. Weder das Primärrecht noch die bisher getroffenen sekundärrechtlichen Vereinbarungen enthalten Regelungen, die mit der Wanderarbeitnehmerkonvention nicht vereinbar sind.

<sup>352</sup> Zum Teil sind die Begründungen ähnlich wie die der deutschen Bundesregierung. So hat Belgien eine Ratifizierung mit der Begründung abgelehnt, dass die Konvention in die Souveränität des Staates darüber zu entscheiden, wer nach Belgien einreisen dürfe, eingreifen würde. Vanheule, Foblets, Loones, Boucakert (2005), S. 297.

## 6 Zusammenfassung und Empfehlungen

### I. Zusammenfassung

Diese Studie stellt die Wanderarbeitnehmerkonvention vor und untersucht ihre praktische Bedeutung für Deutschland. Dabei zeigt sich, dass die Wanderarbeitnehmerkonvention überwiegend bereits existierende Rechte, die in anderen internationalen Menschenrechtsverträgen verbürgt sind, aufnimmt und diese für die besonderen Bedürfnisse von Migrantinnen und Migranten konkretisiert. Der Wanderarbeitnehmerkonvention kommt daher vor allem eine klarstellende Funktion zu.

Bezüglich des Umfanges dieser Rechte differenziert die Wanderarbeitnehmerkonvention insbesondere zwischen irregulären Migrantinnen und Migranten, das heißt Personen, die ohne Aufenthaltstitel oder ohne Arbeitserlaubnis in einem Land leben, und regulären Migrantinnen und Migranten. Darüber hinaus unterscheidet sie auch nach der Art und Dauer des Aufenthalts der Personen. Teilweise ist die Wanderarbeitnehmerkonvention dabei restriktiver als andere Menschenrechtsübereinkommen.

Neu ist, dass die Wanderarbeitnehmerkonvention umfassende Informationspflichten der Vertragsstaaten gegenüber Migrantinnen und Migranten vor ihrer Einreise, während ihres Aufenthaltes und nach ihrer Abreise normiert.

Für die Situation der in Deutschland lebenden Migrantinnen und Migranten hat die Wanderarbeitnehmerkonvention insbesondere die Funktion, den Blick für die spezifische Situation dieser Personengruppe zu schärfen. In Deutschland sind zum Teil die Menschenrechte von Migrantinnen und Migranten nicht gewährleistet. Die vorliegende Untersuchung hat das anhand der Rechte in der Arbeit, des Rechts auf Gesundheit und des Rechts auf Bildung dargelegt. Insbesondere für illegale Migrantinnen und Migranten sind diese Rechte nur ungenügend gewährleistet.

Trotz menschenrechtlicher Defizite in Deutschland betont die Bundesregierung immer wieder, dass sie die Wanderarbeitnehmerkonvention nicht ratifizieren wird. Die von ihr vorgebrachten Gründe gegen eine Ratifizierung, halten aber einer näheren Analyse nicht stand. So schafft die Wanderarbeitnehmerkonvention keine Anreize für die irreguläre Migration, da sie entgegen der Auffassung der Bundesregierung irreguläre und reguläre Migranten nicht gleichstellt, sondern nach Art und Dauer des Aufenthaltes und nach dem Aufenthaltsstatus differenziert: Die Rechte der irregulären Migrantinnen und Migranten sind wesentlich enger als die von regulären.

Auch ist es nicht richtig, dass die Wanderarbeitnehmerkonvention Personengruppen in ihren Schutzbereich einbezieht, deren Situation nicht vergleichbar mit der von Migrantinnen und Migranten ist. Tatsächlich unterscheidet die Wanderarbeitnehmerkonvention verschiedene Gruppen von Migrantinnen und Migranten und erkennt an, dass solche Personen, die sich nur vorübergehend in einem Land aufhalten, nicht gleiche Ansprüche gegen den Staat haben, wie Migranten, die dauerhaft dort leben. Dass die Konvention auch technische Details neben allgemeinen Prinzipien enthält, ist für Menschenrechtsverträge nichts ungewöhnliches und kann deswegen nicht als Argument gegen eine Ratifizierung gelten. Schließlich steht auch das europäische Recht einer Ratifizierung nicht entgegen. Die große Sorge der Bundesregierung, dass sie bei einer Ratifikation nicht mehr souverän über die Migrationspolitik entscheiden kann, ist unbegründet, weil die Wanderarbeitnehmerkonvention für sich gerade nicht in Anspruch nimmt, die Voraussetzungen für die Einreise, für den Aufenthalt oder die Aufnahme einer Beschäftigung zu regeln. Die Entscheidungshoheit darüber verbleibt beim einzelnen Staat.

Auch wenn die Wanderarbeitnehmerkonvention in erster Linie bestehende Menschenrechte wiederholt, so kommt ihr dennoch eine wichtige eigenständige Bedeutung

zu, denn sie stellt klar, welche Verpflichtungen die Vertragsstaaten gegenüber Migrantinnen und Migranten in Bezug auf den internationalen Menschenrechtsschutz haben. Genau diese klarstellende Funktion war auch intendiert, als die Arbeiten zur Wanderarbeitnehmerkonvention begannen. Darüber hinaus ist die Wanderarbeitnehmerkonvention wichtig, um die Gruppe der Migrantinnen und Migranten genauer zu bestimmen. Diese ist in sich sehr heterogen. Die Konvention trägt dem Rechnung und differenziert angemessen zwischen den verschiedenen Gruppen. Dies gilt nicht nur für die zwei großen Gruppen der regulären und irregulären Migrantinnen und Migranten, sondern auch für die Selbständigen, Grenzgänger und -gängerinnen und die projektgebundenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Schließlich kommt der Wanderarbeitnehmerkonvention eigenständige Bedeutung zu, weil sie eine Reihe von Informationspflichten für die Staaten etabliert. Damit berücksichtigt sie, dass gerade Migrantinnen und Migranten, die mit einer fremden Sprache, Kultur und Rechtsordnung konfrontiert sind, häufig ihre Rechte nicht oder nur ungenügend kennen. Gleichzeitig trägt sie dem Umstand Rechnung, dass Migration immer mehr als einen Staat betrifft. Deswegen haben die Vertragsstaaten, unabhängig davon, ob sie Herkunfts-, Transit- oder Empfängerstaat sind, die Verpflichtung, Migrantinnen und Migranten zu allen Zeitpunkten der Migration über ihre Rechte zu informieren.<sup>353</sup>

## II. Empfehlungen

### 1. Ratifikation der Wanderarbeitnehmerkonvention und Einsatz für eine Ratifikation der Konvention in der Europäischen Union

Die Bundesrepublik Deutschland sollte die Wanderarbeitnehmerkonvention ratifizieren. Die Ratifikation der Wanderarbeitnehmerkonvention durch Deutschland kann dazu beitragen, das Augenmerk für die Situation von in Deutschland lebenden Migrantinnen und Migranten zu schärfen und bestehende Defizite im Schutz der Menschenrechte zu erkennen und zu beseitigen.

Darüberhinaus ist eine Ratifizierung der Wanderarbeitnehmerkonvention durch Deutschland auch wichtig zur Stär-

kung des UN-Menschenrechtssystems. Deutschland, als wichtiges europäisches Einwanderungsland, wäre einer der ersten so genannten Empfängerstaaten, der die Wanderarbeitnehmerkonvention ratifizieren würde. International würde die Ratifikation darüber hinaus unterstreichen, dass Deutschland bei der Bekämpfung der illegalen Migration die Menschenrechte der betroffenen Migrantinnen und Migranten respektiert. Deutschland sollte auch innerhalb der Europäischen Union für eine Ratifikation der Konvention eintreten. Dadurch könnte die menschenrechtliche Komponente der EU-Migrationspolitik gestärkt und unberechtigte Vorbehalte gegenüber der Konvention abgebaut werden.

### 2. Einbeziehung der Menschenrechte von Migrantinnen und Migranten in die laufenden Staatenberichtsverfahren

Unabhängig von einer Ratifikation sollte die Verwirklichung der Menschenrechte von Migrantinnen und Migranten in alle menschenrechtlichen Staatenberichtsverfahren durch die Bundesregierung systematisch einbezogen werden. Insbesondere muss der bislang bestehende ‚blinde Fleck‘ in der Berichterstattung hinsichtlich der Situation von Menschen, die sich illegal in Deutschland aufhalten, erhellt werden. Besonderes Augenmerk sollte dabei auf die Situation hinsichtlich des Rechts auf Gesundheit, der Rechte in der Arbeit und des Rechts auf Bildung gelegt werden. Nichtregierungsorganisationen wird ebenfalls empfohlen, in ihre Alternativberichte Informationen zur Situation der verschiedenen Gruppen von Migrantinnen und Migranten aufzunehmen.

### 3. Internationale Thematisierung

Die Bundesregierung sollte bei den Konsultationen mit den Hauptherkunftsländern auch die Menschenrechte der Migrantinnen und Migranten ansprechen. Dabei sollte die Bundesregierung thematisieren, wie potentielle Migrantinnen und Migranten vor Falschinformationen über Einreisebedingungen geschützt werden können und wie zurückgekehrte oder abgeschobene Migrantinnen und Migranten eventuell ausstehende Forderungen gegen ihre Arbeitgeber in Deutschland geltend machen können.

<sup>353</sup> Art. 33 der Konvention.

#### 4. Erfüllung der Informationspflichten gegenüber Migrantinnen und Migranten

##### a) Vor der Einreise nach Deutschland

Deutsche Botschaften und Konsulate sollten bereits vor der Einreise nach Deutschland potentielle Migrantinnen und Migranten über ihre Rechte informieren. Die Bundesagentur für Arbeit sollte für diejenigen Personen, die visumfrei nach Deutschland einreisen dürfen, Informationen über ihre Rechte und Pflichten bereitstellen. Dies gilt insbesondere für Saisonarbeitnehmerinnen und Saisonarbeitnehmer. Bei dem Bereitstellen der Informationen sollte sie sich auch der potentiellen Arbeitgeber bedienen und mit den Arbeitsvermittlungen im jeweiligen Land zusammenarbeiten. Vorbild für eine solche Information könnte das Verfahren sein, das die Bundesregierung in Herkunftsländern von Menschenhandel für Frauen erarbeitet hat: in 13 Sprachen steht Informationsmaterial zur Verfügung, das über die deutschen Botschaften und NGO in den Herkunftsländern verteilt wird.<sup>354</sup>

##### b) In Deutschland

Die Ordnungsbehörden sollten bei Razzien zur Bekämpfung der Schwarzarbeit die angetroffenen Migrantinnen und Migranten über ihre Rechte informieren.

Ausreichend wäre ein Informationsblatt mit dem Hinweis darauf, welche Ansprüche sie gegen ihre Arbeitgeber geltend machen können. Dies betrifft insbesondere die Fragen der Lohnzahlung, der Geltendmachung von Urlaubsansprüchen und der Anwartschaften von Sozialversicherungen. Ein solches Informationsblatt sollte auch die Adresse eines Ansprechpartners enthalten, der sie bei der Durchsetzung der Ansprüche gegen den Arbeitgeber unterstützt.

Sollte der Migrant oder die Migrantin sofort in Abschiebehaft genommen werden, dann muss sichergestellt werden, dass sich die Person auch aus der Abschiebehaft an eine solche Beratungsstelle wenden kann.

In enger Kooperation mit den Herkunftsstaaten sollten darüber hinaus die Opfer von Menschenhandel bei ihrer Rückkehr ins Heimatland unterstützt werden.

Vorbild für eine Kooperation zwischen den Ordnungsbehörden und unterstützenden Einrichtungen könnte das Kooperationskonzept zwischen Fachberatungsstellen und Polizei für den Schutz von Opferzeugen von Menschenhandel sein, das in der Bund-Länder-Arbeitsgruppe Frauenhandel erarbeitet wurde, die federführend beim Bundesministerium für Familien, Senioren, Frauen und Jugend angesiedelt ist.<sup>355</sup>

##### c) Nach der Ausreise

Deutsche Botschaften und Konsulate sollten zurückgekehrte Migrantinnen und Migranten, die ihren Arbeitgeber wegen ausstehender Lohnansprüche in Deutschland verklagt haben, bei der Durchsetzung ihrer Rechte beraten und unterstützen.

#### 5. Schulung der Ordnungsbehörden und Vernetzung

Angehörige der Behörden, die mit der Bekämpfung der Schwarzarbeit oder der Durchsetzung ausländerrechtlicher Verpflichtungen befasst sind, sollten über die Rechte von Migrantinnen und Migranten geschult werden. Besonders wichtig ist dies für die Polizeien des Bundes und der Länder, die Zollverwaltung und die Ausländerbehörden.

Nach dem Vorbild der Bund-Länderarbeitsgruppe Frauenhandel sollte eine Arbeitsgruppe geschaffen werden, die sich mit der Verbesserung der Situation von illegalen Migrantinnen und Migranten beschäftigt. Wichtig ist, dass an einer solchen Arbeitsgruppe sowohl die Ordnungsbehörden wie die Ausländerbehörden, die Polizeien von Bund und Ländern und die Zollverwaltung, als auch Sozialbehörden und Nichtregierungsorganisationen und Gewerkschaften teilnehmen.

#### 6. Stärkung der Rechte von Opfern von Menschenhandel und Arbeitsausbeutung

Opfer von Menschenhandel und Ausbeutung sollten von Polizei, Ausländerbehörden und Staatsanwaltschaften stärker als bisher auf die Angebote von Nichtregierungsorganisationen aufmerksam gemacht wer-

<sup>354</sup> S. 145f. des 7. Menschenrechtsberichts. Ein Beispiel für Informationsmaterial ist die Informationsbroschüre für ukrainische Frauen, die von der GTZ mit Unterstützung von La Strada, einer NGO, die sich für die Opfer von Zwangsprostitution und Menschenhandel einsetzt, erarbeitet wurde.

<sup>355</sup> Für weitere Informationen dazu siehe das Kooperationskonzept zwischen Fachberatungsstellen und Polizei für den Schutz von Opferzeugen/innen von Menschenhandel.

den. Zudem sollten diese Behörden die Opfer über ihre Rechte informieren. Das ist insbesondere notwendig, damit Opfer von Menschenhandel sich aufgrund umfassender Information aller relevanten Umstände entscheiden können, ob sie mit den Strafverfolgungsbehörden kooperieren wollen. Dabei sollten auch die Vorgaben der EG-Opferschutzrichtlinie aufgenommen werden.<sup>356</sup>

## 7. Trennung zwischen sozialrechtlichen und ordnungsrechtlichen Aufgaben

Staatliche Stellen, die sozialrechtliche Aufgaben wie die Gesundheitsversorgung betreuen, sollten keine ordnungsrechtlichen Aufgaben wahrnehmen. Es bedarf einer deutlichen Trennung zwischen sozialrechtlichen und ordnungsrechtlichen Aufgaben. Im Sozialrecht muss stärker zwischen sozialrechtlichen und ordnungsrechtlichen Aufgaben getrennt werden: Öffentliche Stellen, die Leistungen gewähren, damit Menschen menschenwürdig leben können, dürfen nicht gleichzeitig Hilfsorgane der Ausländerbehörden sein. Zwischen diesen Behörden darf ein Datenaustausch nicht stattfinden. Vorbild für diese Praxis könnte Großbritannien sein, das einen Datenaustausch zwischen Sozialbehörden und Ausländerbehörden verbietet.

Insbesondere die Meldepflicht von öffentlichen Behörden an die Ausländerbehörden über den Aufenthaltsstatus einer Ausländerin oder eines Ausländers stellt eine große Hürde für die effektive Gewährleistung der Menschenrechte von Migrantinnen und Migranten dar.

Dies betrifft insbesondere öffentliche Krankenhäuser, Schulen und Kindertagesstätten. Die uneinheitliche Handhabung in den verschiedenen Bundesländern und zum Teil innerhalb eines Bundeslandes führen darüber hinaus zu erheblicher Rechtsunsicherheit.

## 8. Klarstellung des Rechtes auf Schulbesuch

Die Bundesländer sollten dafür Sorge tragen, dass alle Kinder, unabhängig ob sie legal oder illegal in Deutschland leben, Zugang zur Schule haben. Alle Bundesländer

sollten gesetzlich klarstellen, dass alle Kinder ein Recht auf Schulbesuch haben. Zudem muss eindeutig geklärt werden, dass die Schulleiterinnen und -leiter nicht verpflichtet sind, den Aufenthaltsstatus eines Kindes zu prüfen oder aber an die Ausländerbehörden weiterzuleiten.

## 9. Verbesserung des Forschungsstandes über die Situation irregulärer Migrantinnen und Migranten

In der Literatur wird allgemein beklagt, dass die Situation von irregulär in Deutschland lebenden Menschen nicht systematisch und umfangreich erforscht ist.

Teilweise ist aber auch der Kenntnisstand in anderen Bereichen unbefriedigend. Dies gilt insbesondere für die Gesundheitsversorgung von Migrantinnen und Migranten. Augenmerk der Forschung sollte es sein, diese Lücke zu schließen. Für die Politikberatung ist es besonders wichtig, Empfehlungen aufgrund eines soliden Forschungsstandes geben zu können.

## 10. Einrichtung einer nichtstaatlichen zentralen Beratungs- und Dokumentationsstelle

Die Vernetzung der Beratungsstellen für Migrantinnen und Migranten sollte gefördert werden. Eine zentrale Beratungs- und Dokumentationsstelle sollte geschaffen werden, die Fälle von Verletzungen der Rechte von Wanderarbeitnehmerinnen und Wanderarbeitnehmern dokumentiert und die alle Beratungsstellen bei komplizierten Fällen auch rechtlich beraten kann. Eine solche Stelle könnte bei den Wohlfahrtsverbänden oder Sozialpartnern angesiedelt sein.

Die dokumentierten Fälle sollten dem UN-Sonderberichtsersteller für Migration vorgelegt werden. Zudem sollten diese Fälle in die Alternativberichte der NGO zu den Berichten der Bundesregierung an die verschiedenen Überwachungsausschüsse der sechs von Deutschland ratifizierten UN-Menschenrechtsverträge einfließen. Schließlich sollte diese Stelle die Belange von Migrantinnen und Migranten, insbesondere von illegalen, in der Politik vertreten.

<sup>356</sup> Richtlinie 2004/81/EG des Rates vom 29. April 2004 über die Erteilung von Aufenthaltstiteln für Drittstaatsangehörige, die Opfer des Menschenhandels sind oder denen Beihilfe zur illegalen Einwanderung geleistet wurde und die mit den zuständigen Behörden kooperieren. Amtsblatt der Europäischen Union 2004, L 261/19, S. 19.

# Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz	CEDAW-Ausschuss	
AEntG	Arbeitnehmer-Entsendegesetz	ECOSOC	Economic and Social Council
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz		UN-Ausschuss zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women)
ArbSchG	Arbeitsschutzgesetz		
ArbZG	Arbeitszeitgesetz		
Art.	Artikel		
AsylbLG	Asylbewerberleistungsgesetz	EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
AufenthG	Aufenthaltsgesetz		
AufentV	Aufenthaltsverordnung	EG-Vertrag	Vertrag über die Europäische Gemeinschaft
AuslG	Ausländergesetz		
BAG	Bundesarbeitsgericht	EMRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
BAGE	Entscheidung des Bundesarbeitsgerichtes, Amtliche Sammlung	EP	Europäisches Parlament
BayEUG	Bayrisches Gesetz über das Erziehungs- und Unterrichtswesen	EU	Europäische Union
BeschV	Beschäftigungsverordnung	EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
BeschVerfV	Beschäftigungsverfahrensordnung	f.	Folgende
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch	ff.	Fortfolgende
BGBI.	Bundesgesetzblatt	GA	UN-Generalversammlung (General Assembly)
BGH	Bundesgerichtshof	GCIM	Global Commission on International Migration
BillBG	Gesetz zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung	Gem.	gemäß
BMI	Bundesministerium des Inneren	GG	Grundgesetz
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache	GK	Genfer Flüchtlingskonvention
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz	GTZ	Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit
BVerfG	Bundesverfassungsgericht	Hrsg.	Herausgeber
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht	i.d.R.	in der Regel
BW	Baden-Württemberg	i.V.m.	in Verbindung mit
CEACR	ILO-Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations	IGH	Internationaler Gerichtshof
CEDAW	UN-Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women)	ILO	Internationale Arbeitsorganisation (International Labour Organisation)
		IOM	International Organisation for Migration
		LVerf	Landesverfassung

m.w.N.	mit weiteren Nachweisen	UNHCR	Amt des Hohen Flüchtlingskommissars der Vereinten Nationen (Office of the United Nations High Commissioner for Refugees)
MOE-Staaten	mittel- und osteuropäische Staaten		
MV	Mecklenburg-Vorpommern		
NGO	Nichtregierungsorganisation (Non-Governmental Organisation)	UNICEF	Kinderhilfswerk der Vereinten Nationen (United Nations Children's Fund)
NRW	Nordrhein-Westfalen	ECOSOC	Wirtschafts- und Sozialrat (Economic and Social Council)
OHCHR	Amt des Hohen Kommissars der Vereinten Nationen für Menschenrechte (Office of the United Nations High Commissioner on Human Rights)	VO	Verordnung
		WKRK	Wiener Konsularrechtskonvention
PICUM	Platform for the International Cooperation on Undocumented Migrants	WVRK	Wiener Vertragsrechtskonvention
		z.T.	zum Teil
ProstG	Prostitutionsgesetz	ZAV	Zentralstelle für Arbeitsvermittlung der Bundesagentur für Arbeit
RN	Randnummer		
RP	Rheinland-Pfalz	ZKA	Zollkriminalamt
SchulG	Schulgesetz		
SchwarzArbG	Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz		
SGB III	3. Buch des Sozialgesetzbuches		
SGB IV	4. Buch des Sozialgesetzbuches		
SGB V	5. Buch des Sozialgesetzbuches		
SGB VI	6. Buch des Sozialgesetzbuches		
SGB VII	7. Buch des Sozialgesetzbuches		
SGG	Sozialgerichtsgesetz		
SH	Schleswig-Holstein		
StGB	Strafgesetzbuch		
u.a.	unter anderem		
UN	Vereinte Nationalen (United Nations)		
UNDP	Entwicklungsprogramm der Vereinten Nationen (United Nations Development Programme)		
UNESCO	Organisation der Vereinten Nationen für Bildung, Wissenschaft und Kultur (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organisation)		



# Literaturverzeichnis

**agisra e.V., KOK e.V., TERRE DES FEMMES** (Hg.) (2003): Schattenbericht zum 5. Staatenbericht der Bundesregierung Deutschland, 2003: Zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau (CEDAW).

**Alscher, Stefan/Münz, Rainer/Özcan, Veysel** (2001): Illegal anwesende und illegal beschäftigte Ausländerinnen und Ausländer in Berlin. Berlin.

**Alt, Jörg** (2004): Illegale Migration: von Grüner und Blauer Grenze zur „Embedded Migration“. In: Zeitschrift für Ausländerrecht 2004, S. 310ff.

**Alt, Jörg** (2005): Illegalität im Städtevergleich: Leipzig – München – Berlin. In: IMIS-Beiträge, Heft 27, S. 75ff.

**Alt, Jörg** (2005): Offener Brief an die Mitglieder des so genannten Visa-Untersuchungsausschusses des Bundestages im März 2005. Im Besitz der Autorin.

**Alt, Jörg/Fordor, Ralf** (2001): Rechtlos? Menschen ohne Papiere. Karlsruhe.

**amnesty international** (2005): Press Release, AI Index: EUR 41/016/2005 (Public), 26 October 2005, Spain/Morocco: The authorities must be held accountable for the violation of migrants' rights. London.

**amnesty international** (2005): Reaffirming the primacy of human rights – amnesty international's ten-point programme for the Austrian Presidency of the European Union, Januar 2005. London.

**amnesty international** (2005): Report: Italy: Temporary stay – Permanent rights: The treatment of foreign nationals detained in 'temporary stay and assistance centres' (CPTAs), AI Index: EUR 30/004/2005, 20.06.2005. London.

**amnesty international/Caritas Europe/Human Rights Watch** (2005): Common principles on removal of irregular migrants and rejected asylum seekers. Brüssel.

**Anderson, Philip / Alt, Jörg** (2003): „Dass Sie uns nicht vergessen....“ – Menschen in der Illegalität in München. München.

**Andresen, Uta** (ohne Erscheinungsjahr): Die Unsichtbaren Patienten. [http://gesundheitspolitik.verdi.de/gesundheits\\_von\\_a-z/migration/die\\_unsichtbaren\\_patienten](http://gesundheitspolitik.verdi.de/gesundheits_von_a-z/migration/die_unsichtbaren_patienten), [besucht am 26.06.2006].

**Bade, Klaus J.** (2002): Einwanderungskontinent Europa: Migration und Integration am Ende des 20. Jahrhunderts. BAMF: Migration und Flucht, Band 8 (2002), S. 13–53.

**Beauftragte der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration** (2005): 6. Bericht der Beauftragten der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration über die Lage der Ausländerinnen und Ausländer in Deutschland, Berlin und Bonn.

**Beauftragte der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration** (Hrsg.) (2004): Migrationsbericht der Integrationsbeauftragten im Auftrag der Bundesregierung. Berlin und Bonn.

**Beauftragte der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration** (2004): Strukturdaten der ausländischen Bevölkerung. Berlin und Bonn.

**BKK** (2005): Gesundheitswegweiser für Migrantinnen und Migranten, „Gesund Hand in Hand“. Abrufbar unter <http://www.bkk.de/bkk/powerslave.id,834,nodeid,834,p,0.html> [besucht am 10.03.2006].

**Böhning, Roger** (1991): The ILO and the NEW UN Convention on Migrant Workers: The Past and Future. In: International Migration Review 1991 (Vol. 25), S. 698ff.

**Bos, Wilfried/Lankes, Eva-Marie** (2003): Erste Ergebnisse aus IGLU. Hamburg.

**Brücker, Herbert** (2005): EU-Osterweiterung: Übergangsfristen führen zu Umlenkung der Migration nach Großbritannien und Irland. In: Wochenbericht DIW 22, 2005, S. 354–359.

**Bundesagentur für Arbeit** (2006). Merkblatt für Arbeitgeber zur Vermittlung und Beschäftigung von Saisonarbeitnehmer und Schaustellergehilfen (Stand: Januar 2006). [http://www.arbeitsagentur.de/content/de\\_DE/hauptstelle/a-04/importierter\\_inhalt/pdf/AG-Merkblatt\\_01\\_2006.pdf](http://www.arbeitsagentur.de/content/de_DE/hauptstelle/a-04/importierter_inhalt/pdf/AG-Merkblatt_01_2006.pdf) (besucht am 07.03.2006).

**Bundesagentur für Arbeit** (ohne Datumsangabe): „Leben und Arbeiten in Deutschland“. [http://www.arbeitsagentur.de/content/de\\_DE/hauptstelle/a-01/importierter\\_inhalt/pdf/AMS\\_D\\_Leben\\_Arbeiten.pdf](http://www.arbeitsagentur.de/content/de_DE/hauptstelle/a-01/importierter_inhalt/pdf/AMS_D_Leben_Arbeiten.pdf) (besucht am 07.03.2006).

**Bundesagentur für Arbeit** (ohne Datumsangabe): „Leben und Arbeiten in Deutschland“. [http://www.arbeitsagentur.de/content/de\\_DE/hauptstelle/a-01/importierter\\_inhalt/pdf/AMS\\_D\\_Leben\\_Arbeiten.pdf](http://www.arbeitsagentur.de/content/de_DE/hauptstelle/a-01/importierter_inhalt/pdf/AMS_D_Leben_Arbeiten.pdf) (besucht am 07.03.2006).

**Bundeskriminalamt** (2005): Bundeslagebild Menschenhandel 2004. Wiesbaden.

**Bundesregierung** (2000): Vierter Staatenbericht der Bundesrepublik Deutschland nach Artikel 16 und 17 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 11. Jan. 2000, (Dok. E/C12/4/Add.3). Abrufbar unter: [www.institut-fuer-menschenrechte.de](http://www.institut-fuer-menschenrechte.de) [besucht am 31.05.2006].

**Bundesregierung** (2002): 3. Staatenbericht an den UN-Ausschuss gegen Folter vom 2. September 2002, abrufbar unter [www.institut-fuer-menschenrechte.de](http://www.institut-fuer-menschenrechte.de).

**Bundesregierung** (2002): Staatenbericht der Bundesrepublik Deutschland nach Artikel 40 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte, abrufbar unter: [www.institut-fuer-menschenrechte.de](http://www.institut-fuer-menschenrechte.de).

**Bundesregierung** (2004): Bericht der Bundesregierung über die Lage behinderter Menschen und die Entwicklung ihrer Teilhabe, 16.12.2004. Bundestagsdrucksache 15/4575.

**Bundesregierung** (2005): 23. Bericht der Bundesregierung vom 30.06.2005, abrufbar unter [http://www.coe.int/T/E/Human\\_Rights/Esc/3\\_Reporting\\_procedure/1\\_State\\_Reports/Germany\\_23rd.pdf](http://www.coe.int/T/E/Human_Rights/Esc/3_Reporting_procedure/1_State_Reports/Germany_23rd.pdf).

**Bundesregierung** (2005): Unterrichtung durch die Bundesregierung – Zehnter Bericht der Bundesregierung über die Auswirkungen des Gesetzes zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung – BillBG –, 20.07.2005, BT-Drs. 15/5934. Berlin.

**Bundesregierung** (2005): Unterrichtung durch die Bundesregierung, Bericht der Bundesregierung über den Stand der Unterzeichnung und Ratifikation europäischer Abkommen und Konventionen durch die Bundesrepublik Deutschland für den Zeitraum Juli 2003 bis Juni 2005, 25.10.2005, S. 4., BT-Drs. 16/21. Berlin.

**Cassese, Antonio** (2005): International Law. 2. Aufl. Oxford.

**Claasen, Georg** (2005): Krankenhilfe nach dem Asylbewerberleistungsgesetz. Stand: September 2005. abrufbar unter: [www.fluechtingsrat-berlin.de](http://www.fluechtingsrat-berlin.de) [besucht am 14.05.2006]

**Cyrus, Norbert** (2003): Aufenthaltsrechtliche Illegalität von Ausländern, Bericht für den Sachverständigenrat für Zuwanderung und Integration, Nürnberg. Oldenburg. Abrufbar unter: [www.joerg-alt.de](http://www.joerg-alt.de) [besucht am 30.06.2006].

**Cyrus, Norbert** (2005): Menschenhandel und Arbeitsausbeutung in Deutschland, internationale Arbeitsorganisation. Bonn.

**Cyrus, Norbert** (2005): Rechtlos in der Arbeit? In: Dossier Nr. 9 (Februar 2005): Prekäre Arbeit und Migration. Abrufbar unter: [www.d-a-s-h.org](http://www.d-a-s-h.org) [besucht am 01.03.2006].

**Cyrus, Norbert / Düvell, Franck / Vogel, Dita** (2004): Illegale Zuwanderung in Großbritannien und Deutschland: ein Vergleich. In: IMIS 24, S. 45ff. Oldenburg.

**Da Lomba, Syvie** (2004): Fundamental Social Rights for Irregular Migrants: the Right to Health Care in France and England. In: Bogusz, Barbara, Cholewinski, Ryszard u.a. (Hg.): Irregular Migrants and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives. Leiden/Boston, S. 363ff.

**de Beijl, Roger Zegers** (Hg.) (2000): Documenting discrimination against migrant workers in the labour market. Genf.

**Deutscher Ärztetag** (2005): Entschliebung des 108. Deutschen Ärztetages vom 03.–06.05.2005 in Berlin: „Medizinische Behandlung von Menschen in Armut ohne legalen Aufenthaltsstatus“. Abrufbar unter:

[www.bundesaerztekammer.de/30/Aerztetag/108\\_DAET/03Beschluss/Top04/04.html](http://www.bundesaerztekammer.de/30/Aerztetag/108_DAET/03Beschluss/Top04/04.html) [besucht am 20.02.2006].

**Deutscher Bundestag** (2005): Bericht des 2. Untersuchungsausschusses der 15. Legislaturperiode, BT-Drs. 15/5975. Berlin.

**Deutsches Institut für Menschenrechte** (2003): Menschenrechtsschutz, Vereinte Nationen, Individualbeschwerdeverfahren, Berlin.

**Deutsches Institut für Menschenrechte** (Hg.) (2005): Die „general comments“ zu den VN-Menschenrechtsverträgen. Baden-Baden.

**Dietrich, Thomas / Preis, Ulrich / Müller-Gloge, Rudie / Schaub, Günther** (Hg.) (2006), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht. 6. Auflage. München.

**EU** (2005): Greenpaper on an EU approach to economic migration, Brussels, KOM(2004) 811 final, 11.01.2005. Brüssel.

**Europäisches Parlament** (2005): Entschließung des Europäischen Parlaments zu dem EU-Konzept zur Verwaltung der Wirtschaftsmigration (KOM (2004) 0811 – 2005/2059(INI)), vom 26.10.2005, P6\_TA\_PROV (2005) 0408. Brüssel.

**Evangelisches Missionswerk** (2004): Bloß nicht auf- fallen! Illegale in Deutschland. Hamburg.

**Fodor, Ralf/Peter, Erich** (2005): Aufenthaltsrechtliche Illegalität und soziale Mindeststandards – Das Recht des statuslosen Kindes auf Bildung, Rechtsgutachten im Auftrag der Max-Traeger. Berlin/Bremen: Stiftung der GEW, abrufbar: [http://www.gew-hessen.de/uploads/mit\\_download/RG\\_im\\_Auftrag\\_der\\_Max-Traeger-Stiftung\\_Das\\_Recht\\_des\\_statu\\_\\_8230\\_.pdf](http://www.gew-hessen.de/uploads/mit_download/RG_im_Auftrag_der_Max-Traeger-Stiftung_Das_Recht_des_statu__8230_.pdf) [besucht am 21.04.2006].

**Global Commission on International Migration** (2005): Migration in an interconnected world: New directions for actions. Genf.

**GTZ / United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute** (2005), Trafficking of Women from Romania into Germany. o.O.

**Härpfer, Susanne** (2005): Leiche ohne Papiere, S.22ff. In: Evangelisches Missionswerk (Hg.), Bloß nicht auf- fallen. Hamburg.

**Heck, Gerda** (2005): Jetzt habe ich Deutschland kennen gelernt. Einen Monat habe ich gearbeitet und keinen Lohn erhalten. In: Dossier Nr. 9: Prekäre Arbeit und Migration. [www.d-a-s-h.org](http://www.d-a-s-h.org) [besucht am 31.05.2006].

**Hildner, Guido** (1990): Die Vereinten Nationen und die Rechte der Ausländer, Vereinte Nationen 2/1990, S. 47ff.

**Ihme, Loretta** (2004): Gender-Migration-Transformation. Frauenhandel in Mittel- und Osteuropa. In: Forschungstelle Osteuropa Bremen (Hg.) „Neues Europa?“ Osteuropa 15 Jahre danach. Bremen. S. 74-78.

**ILO, CEACR** (2001/2002): Individual Direct Request concerning Convention No. 97, Migration for Employment (Revised), 1949 Germany (ratification: 1959). Genf.

**ILO, International Labour Office Geneva** (2004): Towards a fair deal for migrant workers in the global economy. Genf.

**Komitee für Grundrechte und Demokratie** (2004): Petition zur Unterzeichnung der UN-WanderarbeiterInnen-Konvention, 2004. [www.grundrechtekomitee.de/files/articles/asyl\\_petition.pdf](http://www.grundrechtekomitee.de/files/articles/asyl_petition.pdf) [besucht am 29.06.2006].

**Körner, Marita** (2003): Das internationale Menschenrecht auf Arbeit. Berlin.

**Kutscha, Martin** (1993): Soziale Grundrechte und Staatszielbestimmungen in den neuen Landesverfassungen. In: Zeitschrift für Rechtspolitik 1993, S. 339.

**Langenfeld, Christine** (2001): Integration und kulturelle Identität zugewanderter Minderheiten. Tübingen.

**Malteser Hilfsdienst e.V.** (2004): Erfahrungsbericht nach 3 Jahren Malteser Migranten Medizin. Berlin.

**Marx, Reinhard** (2005): Ausländer- und Asylrecht. 2. Aufl. Bonn.

**Moses, Jonathan W. / Letnes, Björn** (2004): The Economic Costs to International Labor Restrictions: Revisiting the Empirical Discussion. In: World Development 32 (2004), S. 609-1626.

**Motakef, Mona** (2006), Das Menschenrecht auf Bildung und der Schutz vor Diskriminierung. Berlin.

**Palandt** (2003): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 62. Aufl München.

**Peers, Steve** (2005): Key Legislative Developments on Migration in the European Union. In: *European Journal of Migration and Law* 6 (2005). S. 243– 276.

**PISA-Konsortium Deutschland** (2003): PISA-2003: Ergebnisse des zweiten Ländervergleichs Zusammenfassung, o.O.

**Pluymen, Manon** (2004): Exclusion from Social Benefits as an Instrument of Migration Policy in the Netherlands. In: *IMIS Heft* 24, S. 75ff.

**Razum, Oliver / Geiger, Ingrid / Zeeb, Hajo / Ronellenfisch, Ulrich** (2004): Gesundheitsversorgung von Migranten. In: *Deutsches Ärzteblatt* 101, Ausgabe 43 vom 22.10.2004, ohne Seitenangabe.

**Redpath, Jillyanne** (2004): The International Organization for Migration (IOM) and the Human Rights of Migrants in an Irregular Situation. In: Bogusz, Barbara, Cholewinski, Ryszard u.a. (Hg.), *Irregular Migrants and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*. Leiden/Boston. S. 291ff.

**Richards, Kathy** (2004): The Trafficking of Migrant Workers: What are the Links between Labour Trafficking and Corruption? In: *International Migration* 42 (2004), S. 47–167.

**Sachs, Michael** (Hg.) (2003), *Grundgesetz, Kommentar*. 3. Aufl. München.

**Sachverständigenrat für Zuwanderung und Integration** (2004): Migrationsbericht von 2004, Bericht des Sachverständigenrates für Zuwanderung und Integration im Auftrag der Bundesregierung, S. 57ff., abrufbar unter: [http://www.integrationsbeauftragte.de/download/Migrationsbericht\\_2004.pdf](http://www.integrationsbeauftragte.de/download/Migrationsbericht_2004.pdf).

**Schaub, Günther** (2002): *Arbeitsrechtshandbuch*. 10. Aufl. München.

**Schneider-Schahn** (2001): Können illegal Beschäftigte (Ausländer) ihren Lohn einklagen? Berlin.

**Schönwälder, Karen / Vogel, Dita / Sciortino, Giuseppe** (2004): *Migration und Illegalität in Deutschland*. AKI-Forschungsbilanz I. Berlin.

**Sommer, Bertold**, Bundesverfassungsrichter a.D. (2006): Stellungnahme zum Gesetzentwurf BT-Drs. 16/445, Innenausschuss-Drucksache 16 (A) 77 C, 26.06.2006. Berlin.

**Staatssekretär für Bildung, Jugend und Sport in Berlin** (ohne Datumsangabe): Brief des Staatssekretärs für Bildung, Jugend und Sport an die Abgeordnete Hartmann vom 05.01.2005. <http://www.joerg-alt.de/Recht/Bundeslaender/Berlin/berlin.html> [besucht am 20.02.2006].

**Stark, Sonja/Wolter, Hans** (2003): Die Zukunft der interkulturellen Öffnung im Gesundheitswesen. In: Beauftragte der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration (Hg.) (2003), *Gesunde Integration, Dokumentation der Fachtagung für die Ausländerbeauftragten in Deutschland am 20./21.02.2003 in Berlin*. Berlin. S. 92ff.

**terre des hommes** (2005): Wir bleiben draußen. o.O.: Terre des Hommes. [www.tdh.de/content/materialien/download/index.htm?action=details&tid=171](http://www.tdh.de/content/materialien/download/index.htm?action=details&tid=171). [besucht am 03.03.2006].

**UN, Ausschuss für die Beseitigung der Diskriminierung der Frau** (2004): Abschließende Bemerkungen: Deutschland, CEDAW/C/2004/I/CRP.3/Add.6/Rev.1, abrufbar unter: [www.institut-fuer-menschenrechte.de](http://www.institut-fuer-menschenrechte.de)

**UN, Ausschuss für die Rechte des Kindes** (2004): Abschließende Bemerkung zu Deutschland des Ausschusses für die Rechte des Kindes, 35. Sitzung, 30.01.2004, CRC/C/15/Add. 226, deutsche Fassung abrufbar unter: [www.institut-fuer-menschenrechte.de](http://www.institut-fuer-menschenrechte.de).

**UN, Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte** (2001): Abschließenden Empfehlungen zum 4. Staatenbericht des Ausschusses für wirtschaftlich, soziale und kulturelle Rechte, abrufbar unter: [www.institut-fuer-menschenrechte.de](http://www.institut-fuer-menschenrechte.de).

**UN, OHCHR** (2005): Working Paper, Family Reunification, Genf.

**UNESCO** (2004): *United Nations Convention on Migrants' Rights*, Paris.

**UNICEF** (2005): Zusammenfassung der Studie Kinderarmut in reichen Ländern. Abrufbar unter: [www.unicef.de/fileadmin/content\\_media/mediathek/I\\_0104\\_Kinderarmut\\_in\\_Industriel\\_ndern\\_05.pdf](http://www.unicef.de/fileadmin/content_media/mediathek/I_0104_Kinderarmut_in_Industriel_ndern_05.pdf) [besucht am 27.03.2006].

**Vanheule, Dirk / Foblets, Marie-Claire / Loones, Sander / Bouckaert, Steve** (2005): The Significance of the UN Migrant Workers' Convention of 18 December 1990 in the Event of Ratification by Belgium. In: *European Journal of Migration and Law* 6 (2005), S. 285–321.

**Vitzhum, Wolfgang Graf** (Hrsg.) (2004): Völkerrecht. 3. Aufl. Berlin.

**Waltermann, Raimund** (2004): Sozialrecht. 4. Auflage. Heidelberg 2004.

**Weltbank** (Hg.) (2006): Global Monitoring Report 2006. Washington: Weltbank. Abrufbar unter: <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTDEC/EXTGLOBALMONITOR/EXTGLOBALMONITOR2006/0,,menuPK:2186472~pagePK:64218926~piPK:64218953~theSitePK:2186432,00.html> (besucht am 26.6.2006).

**Wöhlcke, Manfred** (2003): Transnationale Migration als globale Herausforderung, in: von Schorlemmer, Sabine (Hrsg.), Praxishandbuch UNO. Berlin. S. 283ff.

**Worbs, Susanne** (2005): Illegalität von Migranten in Deutschland, Working Paper 2/05. Nürnberg: Bundesamt für Migration und Flüchtlinge.





Deutsches Institut für Menschenrechte  
German Institute for Human Rights

Zimmerstrasse 26/27  
D-10969 Berlin

Phone: (+49) (0)30 – 259 359 0  
Fax: (+49) (0)30 – 259 359 59  
[info@institut-fuer-menschenrechte.de](mailto:info@institut-fuer-menschenrechte.de)